

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN**

ÉRICA DE OLIVEIRA HARTMANN

2002

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN**

Monografia de final de curso apresentada
pela acadêmica ÉRICA DE OLIVEIRA
HARTMANN, sob a orientação do Prof.
Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,
como requisito essencial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal do Paraná.

CURITIBA, 25 DE OUTUBRO DE 2002

**A fundamentação das decisões no processo penal brasileiro e a Teoria da
Argumentação de CHAÏM PERELMAN**

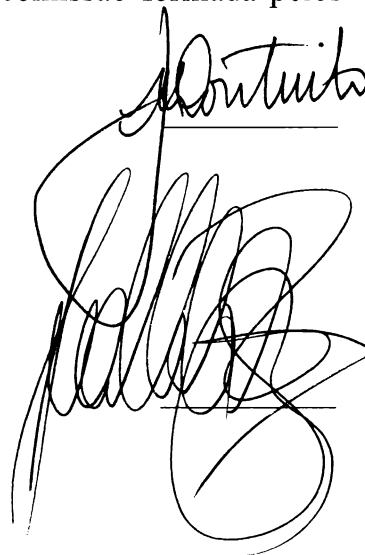
por

ÉRICA DE OLIVEIRA HARTMANN

Monografia aprovada como requisito essencial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, na área de Direito do Estado, na Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

Professor, Doutor, da Faculdade de Direito
Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná
(Orientador)



JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS

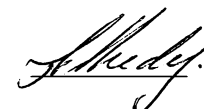
Professor, Doutor, da Faculdade de Direito
Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná

LUIZ ALBERTO MACHADO

Professor, Doutor, da Faculdade de Direito
Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná

CELSO LUIZ LUDWIG

Professor, Doutor, da Faculdade de Direito
Departamento de Direito Privado
Universidade Federal do Paraná



JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

Professor, Doutor, da Faculdade de Direito
Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná
(Suplente)

.

Agradeço a minha família, em especial a minha mãe, sem a qual, por certo, não estaria aqui, aos meus amigos, por tudo o que já me ensinaram, especialmente ao Dr. Luiz Eduardo Trigo Roncaglio e ao Prof. Jacinto e, sobretudo, ao Guilherme, por todo amor e incentivo que sempre recebi...

“Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse caridade, seria como o metal que soa ou como o sino que tine.

E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse caridade, nada seria...”

(I Coríntios 13)

SUMÁRIO

Introdução.....	01
I – CHAÏM PERELMAN: uma introdução à Teoria da Argumentação.....	06
1.1. Considerações iniciais.....	06
1.2. A teoria da argumentação: definição e categorias elementares.....	13
1.3. As espécies de argumentos: os argumentos quase-lógicos, os argumentos baseados na estrutura do real e os argumentos que fundam a estrutura do real.....	48
1.4. A correlação dos argumentos: ligação, interação e dissociação.....	51
1.5. Os lugares da argumentação jurídica.....	56
1.6. Retórica: argumentação e adesão.....	59
II – As decisões judiciais penais: da argumentação à fundamentação.....	64
2.1. Evolução histórica do dever de motivar as decisões (garantia política e processual).....	64
2.2. Estrutura da motivação: motivação de direito e de fato.....	80
2.3. A motivação: instrumento retórico de convencimento e persuasão.....	96
2.4. A motivação e o alcance das decisões: o juiz penal e seu auditório.....	100
2.5. Vícios de motivação e o poder do silêncio.....	106
2.6. O problema da efetividade da garantia constitucional.....	113
Conclusão.....	119

RESUMO

A presente pesquisa objetiva traçar bases fundantes da relação entre a argumentação jurídica, a retórica e a atividade judicial de fundamentação das decisões. Para isso, escolhe-se como marco teórico o filósofo elaborador da Teoria da Argumentação, CHAÏM PERELMAN. Em um primeiro momento, então, realiza-se análise da teoria formulada pelo referido autor (que necessariamente remete a um exame inclusive de sua história de vida), apresentando-se as suas categorias elementares, as espécies de argumentos, a interação entre eles, os lugares da argumentação jurídica e, ao final, a retórica e a sua importância na elaboração da teoria. Num segundo momento, o que se faz é tratar do dever de motivação das decisões. Apresenta-se uma evolução cronológica de tal dever e em que termos é considerado verdadeira garantia política e processual dentro de uma sociedade democrática. Após, fala-se da estrutura da motivação das decisões, dividida em duas fases: a motivação de direito e de fato. Analisados separadamente os dois temas, passa-se à parte principal do trabalho, em que se faz a inter-relação entre eles, quando se procurará demonstrar que a motivação das decisões é, de fato, instrumento retórico de convencimento e persuasão, dirigindo-se o magistrado, ao exarar a sua decisão, a um determinado auditório. Em alguns momentos haverá a motivação, outros não, mas ainda sim o seu exercício se mostra como tarefa argumentativa. E se assim o é, o problema maior está na efetividade da garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, da Constituição da República, que apenas retoricamente está sendo atendida.

ABSTRACT

The research has for objective to draw tender bases of the relation between the legal argumentation, the rhetoric and the judges' activity of motivation of the decisions. For whom it arrives, one choice as theoretical fondamant the philosopher who elaborated the Theory of the Argumentation, CHAÏM PERELMAN. In a first moment, then, one makes the analysis of the theory formulated by the author (what fatally sends back to an exam of his life's story), by presenting its elementary categories, its sorts of arguments, the interaction among them, the places of the legal argumentation and, finally, the rhetoric and its importance for the elaboration of the theory. In the second moment, one deals with the duty of motivation of the decisions. One presents a cronoligicevolution of this duty and of that way it can be considered one truth political and procesual guarantee in a democratic society. Later, one speaks about the structure of the motivation of the decisions, divided into two phases: the motivation of right and of fact. Analysed in separately both subjects, one intends to demonstrate that the motivation of the decisions, indeed, is an instrument rhetoric to convince and to persuade, and the judge, by presenting his decision, addresses it to a determinated public. In certain moments, there is motivation, in other ones, there is not, but its exercise is still argumentative activity. And, if one can say it, the big problem is in the efficiency of the constitutional guarantee foreseen by the article 93, IX, of the Republic's Constitution, which is only respected in a rhetoric way.

RESUMÉ

La recherche a comme objectif tracer des bases fondantes de la relation entre l'argumentation juridique, la rhétorique et l'activité des juges de motivation des décisions. Pour qui cela arrive, on choisit comme fondament théorique le philosophe qui a élaboré la Théorie de l'Argumentation, CHAÏM PERELMAN. D'abord, alors, on fait l'analyse de la théorie formulée par l'auteur (ce que fatalement renvoie à un examen de son histoire de vie), en présentant ses catégories élémentaires, ses espèces d'arguments, l'interaction entre eux, les lieux de l'argumentation juridique et, enfin, la rhétorique et son importance à l'élaboration de la théorie. Dans un deuxième moment, on traite du devoir de motivation des décisions. On présente une évolution chronologique de ce devoir-là et de que manière il peut être considéré une vraie garantie politique et processuel dans une société démocratique. Après, on parle de la structure de la motivation des décisions, divisée en deux phases: la motivation de droit et de fait. Analysés séparément les deux thèmes, on a l'intention de démontrer que la motivation des décisions, en effet, est un instrument rhétorique à convaincre et à persuader, et le juge, en présentant sa décision, s'adresse à un auditoire déterminé. Dans des certains moments, il y a de la motivation, dans autres, il n'y en a pas, mais son exercice est encore une activité argumentative. Et, si on peut dire cela, le grand problème se trouve dans l'effectivité de la garantie constitutionnelle prévue par l'article 93, IX, de la Constitution de la République, qui n'est respectée que rhétoriquement.

RIASSUNTO

La ricerca ha come finalità tracciare delle basi fondanti delle relazione tra l'argomentazione giuridica, la retorica e l'attività del giudice di motivazione delle decisioni. Per questo, si sceglie come fondamento teorico il filosofo elaboratore della Teoria dell'Argomentazione, CHAÏM PERELMAN. Alla prima giunta, allora, si fa l'analisi della teoria formulata dall'autore (chi necessariamente rimette a un esame della sua storia di vita), presentando le sue categorie elementari, le sue specie di argomenti, l'interazione tra loro, i luoghi dell'argomentazione giuridica e, finalmente, la retorica e la sua importanza all'elaborazione della teoria. Alla seconda giunta, si tratta del dovere di motivazione delle decisioni. Si presenta un'evoluzione cronologica di questo dovere e di che modo lui può essere considerato come una vera garanzia politica e processuale in una società democratica. Poi, si parla della struttura della motivazione delle decisioni, divisa in due fasi: la motivazione di diritto e di fatto. Analisati separativamente le due temi, si pretende dimostrare che la motivazione delle decisioni, in realtà, è uno strumento retorico di convincimento e persuasione, e il giudice, presentando la sua decisione, si dirige a un auditorio determinato. In qualche momenti, c'è motivazione, in altri, non ce n'è nessuna, ma il suo esercizio è ancora un'attività argomentativa. E, si si può dire questo, il grande problema è nell'effettività della garanzia costituzionale prevista dall'articolo 93, IX, della Costituzione della Repubblica, chi è rispettata soltanto retoricamente.

Introdução

Estudar a atividade judicial desenvolvida no processo, seja ele civil ou penal, é, desde o começo, uma árdua tarefa. Não só por se tratar de atividade humana, complexa, individual de julgar e, portanto, extremamente variável de pessoa para pessoa, mas também, e talvez principalmente, pela falta de consciência e conhecimento que na mais das vezes falta aos juízes no que diz respeito à função que têm a desempenhar durante suas vidas, pela profissão que escolheram.

Analisar, então, a atividade judicial de valoração das provas é ainda muito mais difícil, pois trata-se de matéria eminentemente subjetiva; e é aí que o perigo se mostra!

Ainda hoje, por incrível que possa parecer, muitos defendem que no processo penal vigora, com toda a sua força, o princípio da verdade material, ou seja, há que se buscar a “verdadeira” verdade, e não aquela verdade aceita no processo civil, a chamada verdade formal, dicotomia esta, apenas a título de exemplo, já por Carnelutti destruída, desde a polêmica com Florian, em meados dos anos 20.

“A verdade não é”, segundo FRANCESCO CARNELUTTI, “e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e porque, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem”¹.

¹ CARNELUTTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**. (trad. Eduardo Cambi) *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, *Gênesis*, n. 9, p. 606-609, julho/setembro 1998, p. 606.

Assim, a partir do momento em que se convenceram que a verdade, ela mesma, jamais conseguiria ser alcançada, os doutrinadores passaram, então, a trabalhar com outros conceitos, os quais ajudariam na aproximação da verdade dos fatos, a qual, enfim, deve estar presente de alguma forma para que se possa julgar a lide e o caso penal, especialmente. São eles os conceitos de verossimilhança (brilantemente apresentado por PIERO CALAMANDREI), probabilidade, dúvida e certeza.

A partir daí, passa-se a um outro grande problema: a hermenêutica jurídica. Como se dá a efetiva interpretação das leis pelos magistrados? É sabido que existem vários tipos e também vários métodos de interpretação. Mas qual a função de cada um? Como agem cada um deles? A escolha por um determinado método é importante? Até aqui, até onde já se estudou, pode-se concluir que a opção pelo método de interpretação e aplicação da lei é de grande importância para o desfecho do processo. As conseqüências podem ser as mais inesperadas possíveis, conforme se verá durante o desenvolvimento do trabalho, quando se falar da motivação das decisões quanto ao direito.

NILO BAIRROS DE BRUM, ao falar sobre os métodos de interpretação, afirma que

“esses métodos podem ser vistos como instâncias retóricas que têm a função de canalizar, de forma aparentemente neutra e científica, determinados valores que se quer preservar. Conforme o método ou conjunto de métodos que se use, pode-se trocar a linha de decisão, extraíndo-se da mesma norma legal diferentes conseqüências jurídicas. Assim, a fungibilidade dos métodos transforma a interpretação jurídica num jogo de cartas marcadas...”; e continua: “ocorre que é impróprio falar-se em infiltração das ideologias no direito através da interpretação, pois o direito é justamente a interação das ideologias. Se podemos definir a norma jurídica como ideologia coagulada, a interpretação pode aparecer como a ação discursiva que ou procura reforçar a fixação das ideologias concorrentes que tendem a coagular-se...”².

² BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 40.

E o problema não pára por aí. As provas também precisam ser analisadas e valoradas e tal atividade, nos atuais sistemas processuais (civil e penal), tem como fundamento, de regra, o livre convencimento que, em verdade, trata-se de um mal necessário.

Destarte, diante de toda a realidade exposta, como agem os juízes ao valorarem as provas colhidas no processo e como deveriam agir? De regra, o que se percebe das decisões é que não só há uma certa tendência em se **aceitar** a ideologia dominante naquele momento (seja ela correta ou incorreta, absurda ou não - não se questiona), bem como, aliás, procura-se exatamente **manter-se** um determinado padrão nas decisões judiciais. Os juízes procuram, de fato, manter-se dentro de um *standart* geral de valoração dos juristas, da comunidade jurídica.³ Resta descobrir até que ponto isso é bom e se efetivamente é bom.

Finalmente, tendo juiz tomado a sua decisão, deverá, ao exarar-la, motivá-la devidamente, conforme institui a garantia constitucional, expressando devidamente as razões de sua decisão. Para isso, deverá atentar para o fato de que sua decisão deverá ganhar, perante a comunidade, legitimidade e não só legalidade. Terá o juiz, assim, que procurar tornar sua sentença verossímil, recorrendo, sem dúvidas, a determinados processos com vistas a convencer, não só o destinatário da decisão, mas toda a comunidade.

Analisar, então, a atividade judicial de fundamentação de suas decisões é ainda muito mais difícil, pois abrange, dentre outros, todos os elementos antes considerados, isto é, a concepção de processo e verdade que tem o juiz (se ele ainda acredita na busca da verdade real como um dos princípios do processo penal), a interpretação dada à lei pelo juiz, a forma de aplicação da lei ao caso concreto, os métodos de produção e avaliação da prova e, principalmente, a “tarefa obrigatória” que tem o juiz de explicar as suas decisões, de fundamentá-las.

A motivação das decisões, no Estado de Direito democrático, não só se trata de garantia política, de controle do povo sobre as decisões judiciais, mas também de uma garantia processual (endoprocessual), que assegura a ampla transparência no exercício do poder jurisdicional e garante às partes o acesso às razões da decisão, permitindo-lhes a sua plena impugnação. Mas de que forma ela está sendo exercida pelos juízes?

O modelo idealizado para a solução não só da lide mas também do caso penal, conforme se sabe, é aquele em que o juiz, procurando ser imparcial, na medida do possível, conduz e instrui todo o processo da melhor forma para, ao final deste, tendo então tomado a sua decisão, a partir de uma séria valoração das provas, deverá, ao exarar-la, motivá-la devidamente, conforme institui a garantia constitucional, expressando de forma clara as razões de sua decisão, apontando explicitamente os motivos que o levaram a decidir daquela maneira.

O exercício da argumentação, então, está (e deve estar) sempre presente. É através de argumentos que o magistrado justificará a sua decisão. Todavia, essa argumentação é comumente manipulada pelos juízes. Principalmente no processo penal, parece que o verdadeiro julgamento de um determinado réu quase nunca se baseia neste modelo idealizado acima mencionado: por uma razão ou outra, de ordem pessoal ou não, quase sempre, o juiz já no inquérito acha que aquele indivíduo deve ser condenado e assim o fará lá no final do processo judicial, ainda que não tenha provas suficientes para fazê-lo. E é aí que entra a retórica, a argumentação jurídica, o discurso jurídico diabolicamente destinado a justificar uma condenação supostamente injusta (supostamente porque não há, no processo, provas suficientes para a condenação).

³ Sobre o tema dispõe NILO BAIRROS DE BRUM, em Requisitos retóricos da sentença penal, p. 69 e seguintes.

Mas de que forma a argumentação jurídica, ou melhor, em que medida esta argumentação jurídica (que tem por base a Teoria da Argumentação) influencia de fato as decisões judiciais?

Partindo-se de uma análise da teoria da argumentação formulada por CHAÏM PERELMAN (apontando-se, quando possível, as suas falhas), pretende-se, evidentemente, ressaltar vários pontos em comum entre a argumentação e a fundamentação das decisões judiciais, o que levará, no trabalho, a ser estabelecido um estudo comparativo entre as duas atividades.

O que se procurará mostrar, ainda, é até que ponto essa justificação do discurso judicial é utilizada para o bem, para o que é correto. E, por fim, uma última questão será analisada: se efetivamente a fundamentação das decisões judiciais nada mais for, muitas vezes, do que mera aplicação da teoria da argumentação, do que mero exercício de retórica, como fica, então, a efetivação da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, do livre convencimento motivado, base do Estado de Direito democrático? Atende-se ao devido processo legal apenas retoricamente? E, como fica, afinal, a efetivação do tão almejado processo penal constitucional?

I. Chaïm Perelman: uma introdução à Teoria da Argumentação

1.1.Considerações iniciais

1.1.1. Vida e obra de CHAÏM PERELMAN

É salutar, ao menos em poucas palavras, pela importância inequívoca do autor, apresentar um pouco sobre a vida e a obra de CHAÏM PERELMAN. Ademais, faz-se mister ressaltar a sua escolha como marco teórico (e não os demais autores que falam sobre a Teoria da Argumentação) assim como o recorte epistemológico que será realizado na obra dele para os fins da presente.

CHAÏM PERELMAN nasceu em Varsóvia, na Polônia, em 20 de maio de 1912, no seio de uma família judia. Em 1925, sua família mudou-se para a Bélgica, país em que se estabeleceu de forma definitiva e ali permaneceria até o final de sua vida. Estudou na Universidade Livre de Bruxelas (Université Libre de Bruxelles), onde se formou e obteve os títulos de Doutor em Direito (1934) e Filosofia (1938), com uma tese sobre o lógico alemão GOTTLOB FREGE e também onde lecionou até sua aposentadoria, em 1979. Em 1983 foi-lhe concedido título de Barão, em reconhecimento aos seus trabalhos realizados na Bélgica. Morreu em 22 de janeiro de 1984, em razão de uma crise cardíaca, em casa. Foi casado com LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, a qual demonstrou-se grande companheira, inclusive no que tange aos estudos realizados por ele, chegando a publicar algumas obras em co-autoria com seu marido, aliás, uma delas exatamente o Tratado da Argumentação, talvez a mais importante da vida de CHAÏM PERELMAN.

Segundo consta⁴, CHAÏM PERELMAN foi um indivíduo bastante ativo e com idéias fortes. Durante a ocupação alemã, na Segunda Guerra Mundial, teve de renunciar à docência universitária e participou da rede de ajuda aos judeus perseguidos. Chefe de um movimento de resistência na Bélgica, foram-lhe ofertadas diversas medalhas por heroísmo, as quais não aceitou. Após o término da guerra, CHAÏM PERELMAN voltou à Universidade Livre de Bruxelas e passou a dar aulas de Lógica, Ética, Metafísica e Filosofia. Mais tarde, foi diretor do *Centre pour la philosophie de la loi* e do *Centre National pour la recherche logique*. Recebeu, ainda, títulos honoríficos da Universidade de Florença e da Universidade Hebraica de Jerusalém.

Sua obra é bastante vasta e, ao que parece, pode ser dividida em dois períodos fundamentais, embora não se possa afirmar que houve uma mudança de pensamento entre um e outro, mas antes um maior aprofundamento científico nos temas de sua investigação. CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO, emprestando as expressões utilizadas por GUY HAARSCHER, fala do “jovem Perelman”, que se ocupou sobretudo dos estudos sobre a Teoria da Justiça e do “Perelman maduro”, que formularia, então, a Teoria da Argumentação⁵.

A justiça foi o tema dos estudos de CHAÏM PERELMAN durante toda a sua vida, em diferentes graus de aprofundamento. O próprio autor, no *avant-propos* de sua obra *L’empire rhétorique*, encarrega-se de explicar de que forma o estudo da Teoria da Justiça se deu em sua vida e, especialmente, quais os motivos que o levaram ao estudo da retórica, disciplina, segundo ele, deveras importante para o pensamento contemporâneo.

⁴ Parte da biografia de CHAÏM PERELMAN foi retirada do site www.willamattte.edu, no dia 30 de julho de 2002, às 14h10min., ante a dificuldade de se encontrar bibliografia sobre o tema.

⁵ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 05.

Segundo conta o próprio autor, seu primeiro contato com a retórica foi na escola, quando o seu estudo era ainda obrigatório na Bélgica, através da análise de um pequeno manual que envolvia o estudo do silogismo com o das figuras de estilo.

Após, porém, durante seus estudos na área de Filosofia, só ouviu as pessoas falarem da retórica em termos pejorativos. Tanto o é que o termo “retórica” sequer constava do vocabulário filosófico de LALANDE, o que, para ele, indicava claramente o total desprezo dos filósofos pela clássica técnica da oratória⁶.

Foi quando, por volta do final da década de quarenta, em um estudo sobre a justiça, dentro de um espírito positivista, fez com que formulasse o que ele chamou de uma regra de justiça formal, segundo a qual “*les êtres d’une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon*”⁷. Muitas dúvidas então surgiram para CHAÏM PERELMAN, sobre, por exemplo, como distinguir o que era essencial do que não era, o que era realmente importante daquilo que não era... A partir daqui ele se deu conta de que essas distinções não podiam ser feitas sem que se recorresse a julgamentos de valor, os quais, naquela época, pareciam-lhe bastante arbitrários e logicamente indeterminados. Percebeu que considerar irracional a aplicação do direito importaria renunciar a qualquer filosofia prática e abandonar a disciplina da conduta humana ao sabor de emoções e interesses, vale dizer, à violência. As respostas céticas dos positivistas sobre como se poderia raciocinar sobre os valores

⁶ Assim afirma o Professor: “*Même l’enseignement de la rhétorique, que la tradition a maintenu dans nos programmes pendant des siècles, a été abandonné et la seule trace qui en reste, c’est le nom de «rhétorique» que l’on donne à l’année où l’on étudie les textes des orateurs et où l’on s’exerce dans l’art de dissenter. Nous pensons que ce mépris de la rhétorique est profondément injustifié, et qu’il résulte essentiellement de l’ignorance et de l’incompréhension*”. PERELMAN, Chaïm. **Justice et raison**. 2 ed. Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 1972, p. 104. [tradução da autora: “mesmo o ensino da retórica, que a tradição manteve em nossos programas durante séculos, foi abandonado e o único traço que resta é o nome retórica que damos ao ano ou ao estudo de textos dos oradores e onde se exerce a arte de dissertar. Nós pensamos que este desprezo pela retórica é absolutamente injustificado e essencialmente resultado da ignorância e incompreensão”].

⁷ PERELMAN, Chaïm. **L’empire rhétorique: rhétorique et argumentation**. 3 ed. Paris: Vrin, 1997, p. 07. [tradução da autora: “os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma maneira”].

o deixaram insatisfeito, o que fez com que se lançasse na pesquisa de uma lógica dos julgamentos de valor.

Por toda sua história de vida pode-se entender por que passou a se preocupar com os problemas da fundamentação dos juízos de valor não instrumentais. Com efeito, por um lado, o regime nazista pode ser considerado como o paradigma de uma marcada racionalidade instrumental posta a serviço de objetivos puramente irracionais. Por outro, o empirismo lógico criava uma separação brusca entre o conhecimento científico e os problemas práticos não-técnicos, que ficavam deste modo à mercê de decisões em última análise arbitrárias e da mera influência da afetividade⁸.

Para isso, decidiu estudar o lógico alemão GOTTLOB FREGE, que anteriormente havia se proposto a responder uma questão parecida com a que o afligia, sobre a lógica utilizada pelos matemáticos.

Após um longo e difícil trabalho, em colaboração com sua esposa, LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, conclusões totalmente inesperadas apareceram, verdadeiras revelações para ambos, dentre as quais a de que não existia uma lógica específica dos julgamentos de valor, mas a verdadeira resposta estava numa disciplina muito antiga, naquela época esquecida e subestimada, qual seja, a retórica – a antiga arte de persuadir e convencer. Esta revelação, conta CHAÏM PERELMAN, foi-lhes fornecida por ocasião da leitura de um livro de JEAN PAULHAN, *Les fleurs de Tarbes*, cujo apêndice trazia textos sobre retórica de autoria de BRUNETTO LATINI, o mestre de DANTE. A partir desse texto, foi fácil remontar a retórica de Aristóteles e a toda a tradição greco-latina da retórica e da tópica. Afirma o autor:

“nous constatons que, dans les domaines où il s’agit d’établir ce qui est préférable, ce qui est acceptable et raisonnable, les raisonnements ne sont ni des déductions formellement correctes, ni des inductions, allant du particulier au général, mais des

⁸ PIACENZA, Eduardo. **La teoría de la argumentación de Perelman y los problemas de la carga de la prueba**. Revista Venezolana de Filosofía, Caracas, n. 38, 1998, p. 16-17.

argumentations de toute espèce, visant à gagner l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment”⁹.

Desde então, passou a se dedicar aos estudos sobre a retórica, que vai culminar com a elaboração da Teoria da Argumentação, baseada no que se chamou de “nova retórica”, uma retomada da retórica e da dialética gregas.

Como pano de fundo sócio-político-econômico, tinha-se a Segunda Guerra Mundial e todos os seus efeitos: o nazismo, o fascismo, as demais formas de totalitarismo, a ascensão do modelo burocrático estatal no Leste europeu, a política da guerra fria, etc. Nesta época, o pensamento ocidental despertava do sonho de uma idéia de conhecimento fundado em verdades absolutas e evidências incapazes de serem contestadas: a decepção com o modelo positivista de ciência se encontrava em seu último grau, a ponto de se buscar a ruptura com a racionalidade então vigente em busca de uma outra. Esta época de conflitos coincide com a crise do racionalismo e do positivismo, já enunciada desde a época da Escola de Frankfurt.

CHAÏM PERELMAN, buscando então uma mudança do paradigma da razão, insurgiu-se exatamente “contra a ditadura cartesiana da evidência, o dogmatismo das ciências e as reduções positivistas. A Teoria da Argumentação de Perelman se desenvolve, portanto, intimamente ligada às indagações filosóficas ‘militantes’ daquele período de esgotamento e de reformulação da Epistemologia contemporânea”¹⁰.

É importante ressaltar, ainda, que justamente toda essa realidade social do pós-guerra e a esperança de mudanças contida em cada indivíduo naquela época (aliás, perfeitamente compreensível) vai marcar profundamente a Teoria da

⁹ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 09-10. [tradução da autora: “nós constatamos que, nas áreas nas quais procura-se estabelecer o que é preferível, o que é aceitável e o que é razoável, os raciocínios não são nem deduções formalmente corretas e tampouco induções, que vão do particular ao geral, mas sim argumentações de toda espécie, que visam a ganhar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam à sua aprovação”].

Argumentação formulada por CHAÏM PERELMAN, no sentido de que vai expressar, em última análise, a elaboração de uma teoria ideal (para ele a retórica foi sempre um instrumento a serviço do bem), com conceitos pretensamente perfeitos, e de difícil adequação à realidade social, mesmo a de seu país, aspectos esses talvez os mais rechaçados pelos seus críticos.

Embora tenha sido uma extensa produção, não é demais indicar suas principais obras: *De la justice* (1945); *Logique et rhétorique* (1950 – em colaboração com Lucie Olbrechts-Tyteca); *Rhétorique et philosophie* (1952 – em colaboração com Lucie Olbrechts-Tyteca); *La justice* (1957); *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique* (1958 – em colaboração com Lucie Olbrechts-Tyteca); *Justice et raison* (1963); *Droit, morale et philosophie* (1968); *Le champ de l'argumentation* (1970); *L'empire rhétorique* (1977).

1.1.2. Por que CHAÏM PERELMAN ?

A escolha de CHAÏM PERELMAN como marco teórico não significa, em absoluto, a renegação do pensamento formulado pelos demais autores das diferentes vertentes da Teoria da Argumentação e a adoção incontestada da unidade do pensamento do referido autor. Pelo contrário. Entretanto, pretende-se aqui uma introdução à Teoria da Argumentação, especialmente à Teoria da Argumentação Jurídica e, para que isso seja possível, mister se faz conhecê-la desde sua base, sua primeira formulação, o que remete, necessariamente, a CHAÏM PERELMAN.

Embora vários equívocos tenham sido ressaltados por vários autores com relação à teoria perelmaniana, não se discute a importância fundamental dos ensinamentos do Professor de Bruxelas para o desenvolvimento de outras teorias da

¹⁰ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação...*, p. 03. Tal afirmação se poderá verificar mais adiante, quando se falará mais especificamente sobre a Teoria da Argumentação.

argumentação, mais bem elaboradas e mais ligadas à realidade prática. Neste sentido, assume MANUEL ATIENZA:

“a importância concedida ao eixo pragmático da linguagem (o objetivo da argumentação é persuadir), ao contexto social e cultural em que se desenvolve a argumentação, ao princípio da universalidade (a regra de justiça) ou às noções de acordo e de auditório (sobretudo de auditório universal) antecipam elementos essenciais de outras teorias da argumentação, para as quais converge, hoje, o debate concernente à razão prática: como exemplo deste bastará assinalar as analogias existentes entre a noção de auditório universal e a de comunidade ideal de diálogo de habermasiana”¹¹.

Por esta razão, assim, a proposta é, num primeiro momento, apresentar a teoria de CHAÏM PERELMAN, a fim de que se possa compreender em que consiste a Teoria da Argumentação, como ela se estrutura e qual sua finalidade, ressaltando, na medida do possível, em que aspectos e de que forma ela é criticada pelos demais autores, para que se possa dar uma idéia, ainda que geral e superficial da teoria referida, todavia não de uma forma completamente acrítica.

O enfoque principal diz com a Teoria da Argumentação, não se desprezando, em absoluto, todo o restante da obra do autor, especialmente as que dizem com o estudo específico da Teoria da Justiça. Tem-se, portanto, como objetivo específico, demonstrar de que forma a Teoria da Argumentação está relacionada com a atividade judicial, mais especificamente com a garantia da motivação das decisões e quais as consequências advindas dessa relação. Isso pode não ser muito e nem completo, mas poderá ser encarado como uma contribuição – quiçá importante – à análise do tema, em razão de ser algo não muito comum no espaço da teoria processual.

¹¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito...**, p. 109-110.

1.2. A Teoria da Argumentação: definição e categorias elementares

1.2.1. Definição

Atribuir conceitos significa sempre tarefa árdua e, na verdade, impossível, haja vista que as palavras nunca vão dar conta de expressar completamente o que se quer conceituar. Demais disso, sempre que se conceitua alguma coisa tem-se a nítida (e verdadeira) impressão de que esta coisa se torna limitada, diminuída, em razão do conceito. Vale dizer, os indivíduos, em sua maioria, não vão enxergar que há muito mais para além do conceito formulado.

Como já dizia FRANCESCO CARNELUTTI,

“per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio: una rosa è una rosa, insegnavo a Francesco, perché non è alcun altro fiore; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per afferrarne la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è. Perciò la verità di una cosa ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale (...). Insomma la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi”¹².

De qualquer forma, para se ter um referencial, mister se faz definir, em algumas palavras, em que consiste a chamada Teoria da Argumentação, seja demonstrando, em alguns momentos, o que ela é, seja demonstrando o que ela não é.

¹² CARNELUTTI, Francesco. **Verità, dubbio, certezza**. Rivista di Diritto Processuale, Padova, CEDAM, v. XX, 1965, p. 05. [Tradução brasileira: CAMBI, Eduardo. Gênesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Gênesis, n. 9, p. 606-607, julho/setembro 1998: “para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa (...). Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”].

ALESSANDRO GIULIANI a define como uma filosofia retórica que, cansada de uma racionalidade reduzida a cálculo no domínio da opinião, progressivamente redescobriu nas técnicas jurídicas de justificação da decisão a mais importante manifestação de uma racionalidade prática, capaz de oferecer critérios de valoração entre os fins em conflito. O raciocínio *more iuridico*, porquanto objetiva chegar a uma solução justa, racional e persuasiva, subtende as operações sociais da mente humana que são deixadas à comunicação intersubjetiva e a uma divisão da consciência em vários níveis: da discussão legislativa à decisão judicial. E, como não diz respeito apenas à motivação das decisões, existindo também a responsabilidade da decisão, não há como se pensar aqui na prevalência de uma evidência absoluta¹³ (como na lógica formal). E continua ALESSANDRO GIULIANI: “*la nuova retorica traduce sul piano logico-giuridico le istanze della ragione pratica. L’attrazione della logica giuridica nel campo dell’argomentazione finisce per comunicare alla prima un carattere critico, dialletico, giustificativo*”¹⁴.

CHAÏM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, já no início da apresentação de seu Tratado da Argumentação, afirmam claramente que a publicação do referido tratado e a sua vinculação à retórica e dialética gregas, significa a ruptura com a concepção da razão e do raciocínio cartesianos, presente na filosofia ocidental dos últimos três séculos. Isso porque “*la nature même de la délibération et de l’argumentation s’oppose à la nécessité et à l’évidence, car on ne délibère pas là où la solution est nécessaire et l’on n’argumente contre l’évidence. Le domaine de l’argumentation est celui du vraisemblable, du plausible, du probable, dans la mesure où ce dernier échappe aux certitudes du calcul*”¹⁵.

¹³ Alessandro Giuliani assim se manifesta na apresentação da obra: PERELMAN, Chaïm. **Logica giuridica: nuova retorica**. Milano: Giuffrè, 1979, p. VI.

¹⁴ PERELMAN, Chaïm **Logica giuridica: nuova retorica**. Milano: Giuffrè, 1979, p. XIV. [tradução da autora: “a nova retórica traduz sobre o plano lógico-jurídico as instâncias da razão prática. A atração da lógica jurídica no campo da argumentação acaba por conferir a primeira um caráter crítico, dialético, justificativo”].

¹⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l’argumentation: la nouvelle rhétorique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, vl, p. 02. [Tradução brasileira: **Tratado da argumentação: nova retórica**. (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 01: “a própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe

De fato, a teoria perelmaniana pretendeu mesmo abandonar, ou, ao menos, reduzir potencialmente a concepção cartesiana que vigorava à época, segundo a qual tudo o que fosse apenas verossímil era falso. Para DESCARTES, segundo afirmam os autores do tratado, a evidência era a marca da razão e apenas eram tidas como racionais as demonstrações que, “à partir d’ idées claires et distinctes, propageaient, à l’aide des preuves apodictiques, l’évidence des axiomes à tous les théoremes”¹⁶.

Ainda falando sobre o tema, explicam os autores que o chamado raciocínio *more geometrico* era o modelo do qual se utilizavam os filósofos que pretendiam construir um sistema de pensamento que pudesse alcançar o *status* de ciência (tal e qual eram concebidas as ciências da época). Para que isso fosse possível, para que fosse reconhecida a filosofia como uma ciência (e, portanto, racional), haveria de ser um sistema formado de proposições necessárias, que são impostas a todos os seres pensantes e “sur lesquelles l’accord est inévitable”¹⁷. O desacordo, neste passo, era sempre sinal de erro. Todavia, alertam os autores que o lógico inspirado nos ensinamentos de DESCARTES só era efetivamente aplicável no estudo das provas analíticas de ARISTÓTELES. Ademais, em meados do século XIX, essa redução da lógica acentuou-se, por influência dos lógicos-matemáticos, acabando limitada ao que se chamou de lógica formal, isto é, ao estudo dos meios de prova utilizados nas ciências matemáticas.

à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo”].

¹⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.02. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 01: “a partir de idéias claras e distintas, estendiam, mercê de provas apodícticas, a evidência dos axiomas a todos os teoremas”].

¹⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.02. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 02: “sobre os quais o acordo é inevitável”].

A consequência principal daí resultante era a de que os raciocínios alheios ao campo puramente formal escapavam à lógica e, com isso, também à razão. A partir dessa conclusão, perguntaram-se os autores:

“faut-il tirer de cette évolution de la logique, et des progrès incontestables qu'elle a réalisés, la conclusion que la raison est tout à fait incompétente dans le domaines que échappent au calcul et que là où ni l'expérience ni la déduction logique ne peuvent nous fournir la solution d'un problème, nous n'avons plus qu'à nous abandonner aux forces irrationnelles, à nos instincts, à la suggestion ou à la violence?”¹⁸

Ao contrário, para eles, esta limitação imposta à idéia de razão era *“indue et parfaitement injustifiée du domaine où intervient notre faculté de raisonner et de prouver”¹⁹*: da mesma forma como ARISTÓTELES já analisava as provas analíticas juntamente com as dialéticas, a concepção pós-cartesiana da razão obriga a utilização de elementos irracionais cada vez que o objeto do conhecimento não é evidente.

Aduz CHAÏM PERELMAN:

“car s'il est indéniable que la logique formelle constitue une discipline séparée, qui se prête, comme les mathématiques, à des opérations et au calcul, il est tout aussi indélors d'une délibération intime ou d'une discussion publique, en présentant des arguments pour ou contre une thèse, en critiquant, ou en réfutant une critique. Dans tous ces cas, on ne démontre pas, comme en mathématique, mais on argumente. Il est donc normal, si l'on conçoit la logique comme l'étude du raisonnement sous toutes ses formes, de compléter la théorie de la démonstration, développée par la logique formelle, par une théorie de l'argumentation, étudiant les raisonnements dialectiques d'Aristote”²⁰.

¹⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p.03. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 03: “Deveríamos, então, tirar dessa evolução da lógica e dos incontestáveis progressos por ela realizados a conclusão de que a razão é totalmente incompetente nos campos que escapam ao cálculo e de que, onde nem a experiência, nem a dedução lógica podem fornecer-nos a solução de um problema, só nos resta abandonarmo-nos às forças irracionais, aos nossos instintos, à sugestão ou à violência?”].

¹⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p.04. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p.03: “indevida e perfeitamente injustificada do campo onde intervém nossa faculdade de raciocinar e de provar”].

²⁰ PERELMAN, Chaïm. **L'empire rhétorique...**, p. 18. [tradução da autora: “porque se é inegável que a lógica formal constitui uma disciplina separada, que se presta, como os matemáticos, às operações e cálculos, é também inegável que raciocinamos, mesmo quando nós não calculamos, no momento de uma deliberação íntima ou de uma discussão pública, apresentando argumentos contra ou a favor a uma tese, criticando ou refutando uma crítica. Em todos esses casos, nós não estamos demonstrando, como na matemática, mas argumentamos. É, então, normal, se concebemos a lógica como o estudo do raciocínio sobre todas as suas formas, de completar a teoria da

Por isso admitem, CHAÏM PERELMAN e sua esposa, que para o desenvolvimento de uma Teoria da Argumentação é necessário antes criticar a idéia de evidência como característica primordial da razão. A adoção da idéia de evidência reduz a nada o papel da argumentação. Ela (a evidência) não precisa ser provada e tampouco justificada, pois se impõe ao espírito como a luz aos sentidos²¹. Segundo CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO, CHAÏM PERELMAN pretendeu um método próprio de tratamento dos valores que tinham sido renegados ao contingente, ao arbitrário e ao irracional por aqueles filósofos que operavam exclusivamente dentro dos limites da lógica matemática²².

Vale ressaltar, entretanto, que o autor em momento algum negou a importância do projeto cartesiano e lembrou sempre que o ambiente histórico bastante conturbado que se seguiu às guerras religiosas européias, à época da Reforma Protestante, efetivamente gerou um desejo de reformulação do perfil predominante do conhecimento desde então, a partir da construção de um sistema racional incontestável. Porém, não há como negar que a teoria perelmaniana, em verdade, significou uma reação ao sistema de referência com o qual se relacionava, qual seja, o cartesianismo e os fundamentos do positivismo. De fato, o objetivo do Professor de Bruxelas era estabelecer uma nova racionalidade que viabilizasse a argumentação racional²³. O objeto da sua teoria é, segundo ele mesmo afirma, “*l'étude des techniques discursives permettant de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment*”²⁴. E continua: “ela examinará também as condições que

demonstração, desenvolvida pela lógica formal, por uma teoria da argumentação, estudando os raciocínios dialéticos de Aristóteles”].

²¹ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 16.

²² MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 16.

²³ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 19.

²⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p.05. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p.04: “o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento”].

permitem a uma argumentação começar a se desenvolver, assim como os efeitos produzidos por esta”²⁵.

A argumentação, assim, apresenta-se em um ambiente no qual a Lógica já não é mais a única possibilidade de conhecimento. Lógicas distintas são apresentadas, algumas delas até abrindo espaço para o verossímil, o plausível, como resultado válido de uma ação gnoseológica. A argumentação não pressupõe um resultado determinado e inafastável e, definitivamente, não opera em função do binômio verdadeiro-falso. O orador e o auditório passam a fazer parte do discurso, mas não mais de uma forma irracional, senão como elementos indispensáveis para a determinação de um resultado tido como razoável²⁶.

Neste passo, CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO faz uma síntese do que se pode entender pela lógica argumentativa a qual, embora um tanto extensa, vale a pena transcrever:

“a Lógica da Argumentação também se preocupa com a fundamentação racional dos raciocínios. A razão permanece nos primórdios do desenvolvimento da Lógica clássica e da Retórica, no estudo dos meios de prova dedicados respectivamente à demonstração e à argumentação, aos raciocínios analíticos e aos raciocínios dialéticos. Trata-se de uma concepção de razão que, na verdade, não antagoniza, mas complementa: para além do alcance da razão tradicional, uma razão argumentativa, melhor adaptada às áreas do pensamento, em que as certezas matemáticas não têm condições de responder aos problemas suscitados pela dimensão mais ampla das relações humanas e suas mais variadas indagações e controvérsias, que, de outra forma, devem se submeter à ditadura da irracionalidade”²⁷.

A partir daqui, pode-se compreender a razão de CHAÏM PERELMAN também referir-se à sua teoria como a Nova Retórica, uma vez que tem na retomada da Retórica clássica a sua metodologia fundamental. A aproximação com esta última objetiva dar relevo ao fato de que *“c’est en fonction d’un auditoire que se développe*

²⁵ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas...**, p. 207.

²⁶ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 25.

²⁷ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 25.

toute argumentation”²⁸. Tanto o é que assume o Professor de Bruxelas que conservou da retórica clássica, para a sua teoria, a idéia de *auditório*²⁹, que é sempre de imediato invocada assim que se pensa em um discurso: todo discurso, seja ele falado ou escrito, dirige-se a um auditório³⁰. Ademais, ressalta MANUEL ATIENZA que se CHAÏM PERELMAN escolheu para designar a sua teoria o nome de “retórica” e não de “dialética” é porque dá grande relevo à noção de auditório e também porque a dialética parece ao autor um termo mais suscetível de equívocos, uma vez que teve vários significados ao longo da história³¹.

Entretanto, ressalta que a nova retórica, em oposição à clássica, não se interessa especificamente pelos discursos públicos dirigidos a um auditório reunido na ágora ou no fórum³². Abrange os discursos dirigidos a toda espécie de auditório, seja ele constituído por uma multidão em uma praça pública ou apenas por um indivíduo. Considerando-se que seu objeto é o estudo do discurso não-demonstrativo, a teoria da argumentação concebida como nova retórica (ou nova dialética) dá conta de todo o campo do discurso, com o objetivo de convencer ou persuadir, “*quel que soi l’auditoire auquel il s’adresse, et quelle que soit la matière sur laquelle il porte*”³³.

Em suma, pode-se dizer que a Teoria da Argumentação proposta por CHAÏM PERELMAN, de fato, trata-se de uma filosofia originada no pós-guerra que, em oposição ao pensamento cartesiano que então vigorava, propõe-se a ampliar o campo da razão para além das ciências dedutivas e indutivas e estendê-lo também para as ciências humanas, para o Direito e para a Filosofia. Como se poderá ver adiante, a teoria da argumentação não pode ser encarada como um discurso intelectual abstrato;

²⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.07. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p.06: “é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve”].

²⁹ Sobre o qual se falará mais especificamente adiante.

³⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.08. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p.07].

³¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 84.

³² PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 207.

³³ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 19. [tradução da autora: “seja qual for o auditório para o qual se destina, seja qual for a matéria sobre a qual trate”].

ela é, antes de mais nada, um discurso absolutamente ligado ao plano da ação, um discurso prático.

1.2.2. Categorias elementares

1.2.2.1. Argumentação

Para bem se compreender em que consiste a argumentação, necessário se faz distingui-la da concepção clássica da demonstração, oriunda da chamada lógica formal.

Segundo esclarece MANUEL ATIENZA, para CHAÏM PERELMAN, a lógica formal está sempre relacionada com a *necessidade*. Em um raciocínio lógico-dedutivo (demonstrativo), a passagem das premissas para a conclusão é *necessária*: se as premissas são verdadeiras, assim também deverá ser, necessariamente, a conclusão. A argumentação, ao contrário, terá lugar no âmbito do que é plausível. “Os argumentos retóricos não estabelecem verdades evidentes, provas demonstrativas, e sim mostram o caráter razoável, plausível, de uma determinada decisão ou opinião. Por isso, é fundamental, na argumentação, a referência a um *auditório*, ao qual se trata de *persuadir*”³⁴.

Na demonstração, consoante aduz CHAÏM PERELMAN, os signos são presumidamente desprovidos de qualquer ambigüidade, ao passo que a argumentação desenvolve-se através do que ele chama de uma linguagem natural, cuja ambigüidade não pode ser excluída de pronto. Além disso, a correta demonstração é aquela que se desenvolve conforme as regras, explicitadas em um sistema formal³⁵.

³⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 84.

³⁵ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 23.

A demonstração está intrinsecamente ligada à idéia de evidência³⁶. Será demonstrado aquilo que for evidente, em oposição àquilo que é opinião, destinada ao âmbito da argumentação. Para CHAÏM PERELMAN, uma proposição será tida como evidente quando todos os espíritos que aceitam seus termos estão certos de sua verdade. A adesão do intelecto, ao contrário daquela da vontade, é determinada por seu objeto, ou seja, não cabe ao poder do intelecto regular a intensidade desta adesão, a qual é diretamente proporcional à evidência e à inteligibilidade do objeto³⁷. Por outro lado, verdade e opinião são indissociáveis, pois *“les opinions s’effacent devant l’évidence, mais elles jouent un rôle indéniable et reprennent de l’importance dès que l’évidence ne peut s’imposer”*³⁸.

Há, ainda, a questão dos axiomas³⁹. Na demonstração, os axiomas são previamente dados e indiscutíveis, ao passo que na argumentação isso não ocorre, isto é, a escolha de cada axioma será justificada pelo orador e o axioma não necessariamente será aceito pelo auditório – ele será discutido. Nas palavras de CHAÏM PERELMAN:

*“dans une démonstration mathématique, les axiomes ne sont pas en discussion; qu’on les considère comme évidents, comme vrais, ou comme de simples hypothèses, on ne se préoccupe guère de savoir s’ils sont ou non acceptés par l’auditoire. D’ailleurs, celui qui voudrait justifier le choix des axiomes, devrait, comme l’a déjà remarqué Aristote, dans ses Topiques, recourir à l’argumentation”*⁴⁰.

Outrossim, a linguagem utilizada na demonstração é tida como uma linguagem artificial, isto é, uma linguagem própria, específica, e cujos signos não

³⁶Consoante se verá mais detalhadamente adiante.

³⁷ PERELMAN, Chaïm. *Justice...*, p. 141.

³⁸ PERELMAN, Chaïm. *Justice...*, p. 202. [tradução da autora: “as opiniões se apagam diante da evidência, mas elas desempenham um papel incontestável e retomam sua importância a partir do momento que a evidência não pode se impor”].

³⁹ Axioma, na definição de NICOLA ABBAGNANO, atualmente se confunde com postulado e é assumido por convenção, com base em motivos de oportunidade. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 102.

⁴⁰ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 23. [tradução da autora: “em uma demonstração matemática, os axiomas não estão em discussão; são considerados como evidentes, verdadeiros ou como simples hipóteses, quase não se preocupa em saber se eles são aceitos ou não

traduzem ambigüidades. São linguagens formalizadas que devem ser utilizadas para eliminar delas qualquer espécie de questionamento e ambigüidade e, ao invés de fornecerem um modelo de aplicação universal, referem-se apenas a situações perfeitamente excepcionais, “em que o sistema formal, isolado do contexto ou aplicável a um contexto bem delimitado, encontra-se ao abrigo de qualquer imprevisto em sua interpretação ou em sua aplicação”⁴¹. Em contrapartida, como ocorre no direito, na moral e na filosofia, a aplicação de uma determinada noção “não é delimitada artificialmente, sua clareza constitui uma qualidade hipotética, sujeita à prova de qualquer novo caso de aplicação”⁴². Assim,

“nel momento stesso in cui una parola può assumere diversi significati, non appena si tratti di render chiara una nozione vaga o confusa, si pone un problema, di scelta e di decisione, che la logica formale non è capace di risolvere; per ottenere una adesione alla soluzione proposta occorre fornire le ragioni della scelta e lo studio degli argomenti riguarda la retorica”⁴³.

Como a demonstração, ao se realizar, não estabelece qualquer contato com o mundo externo, pode-se afirmar que esta linguagem também é *atemporal*. E, para CHAÏM PERELMAN, o elemento temporal é talvez o fator fundamental da distinção entre a argumentação e a demonstração⁴⁴.

A argumentação ocorrerá sempre em um determinado *contexto histórico*, porquanto pressupõe o contato entre os indivíduos que argumentam, o que vai conferir uma certa plasticidade ao contingente. Na demonstração, ao revés, em se tratando de

pelo auditório. Além disso, aquele que quisesse justificar a escolha do axioma, deveria, como já destacou Aristóteles, em seus Tópicos, recorrer à argumentação”].

⁴¹ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 214.

⁴² PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 214.

⁴³ PERELMAN, Chaïm *Logica giuridica...*, p. 164. [tradução da autora: “a partir do momento em que uma palavra pode assumir diversos significados, não apenas se trata de deixar clara uma noção vaga ou confusa, mas sim se coloca um problema, de escolha e de decisão, que a lógica formal não é capaz de resolver; para obter uma adesão à solução proposta, é necessário fornecer as razões da escolha e o estudo dos argumentos remonta à retórica”].

⁴⁴ Sobre tal questão, afirma CHAÏM PERELMAN que “as oposições que se podem notar entre demonstração clássica e lógica formal de um lado, e argumentação do outro, podem, ao que parece, reduzir-se a uma diferença essencial: o tempo não tem a menor importância na demonstração; em contrapartida, ele é, na argumentação, primordial. Ao ponto de podermos perguntar-nos se não é a

um processo racional, marcado pela impessoalidade e isolado das influências externas, a consideração de um contexto histórico e de elementos não-formais em nada interfere em seu desenvolvimento – ao contrário, tudo o que é externo ao sistema lógico-formal fica excluído de seus domínios⁴⁵; na demonstração, a conclusão é formada desde o início e de uma vez por todas⁴⁶ e aquela a quem é destinada não passa de mero ente contemplativo. Ademais, na demonstração, não apenas serão imaginadas técnicas para assegurar a intemporalidade das premissas (por exemplo, a evidência cartesiana), mas também serão imaginadas técnicas para assegurar a intemporalidade da conclusão, uma vez que a demonstração não é destinada ao homem mas sim a certas faculdades atemporais (como, por exemplo, a razão)⁴⁷.

Em contrapartida, a argumentação é tida, antes de tudo, como uma *ação*:

“com efeito, a ação argumentativa, bem como a ação que a argumentação visa a desencadear, são obras de agentes. A pessoa intervém assim a cada passo (...) A adesão da pessoa às teses que se lhe apresentam não é simples registro dos resultados conseguidos pela argumentação: as teses adotadas podem ser remanejadas, modificadas, a fim de ser harmonizadas com outras crenças; podem ser realizadas novas estruturas para permitir a adesão plena ao que é proposto”⁴⁸.

Assim, em suma, toda argumentação objetiva uma mudança na cabeça daqueles que compõem o auditório, seja para modificar as próprias teses às quais aderem ou apenas para modificar a intensidade dessa mesma adesão, que vai ser medida posteriormente, através das conseqüências que tende a produzir na ação. O âmbito da argumentação não permite, em absoluto, que seja separado o pensamento da ação (como ocorre na demonstração)⁴⁹.

intervenção do tempo que melhor permite distinguir a argumentação da demonstração”. *Retóricas...*, p. 369.

⁴⁵ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação...*, p. 49.

⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 370.

⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 370.

⁴⁸ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 370-371.

⁴⁹ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 304.

ROBERT ALEXY, ao expor a teoria de CHAÏM PERELMAN, quando fala na distinção entre demonstração e argumentação, aduz: “dentro de um cálculo lógico uma prova consiste em derivar uma fórmula de dadas ações de acordo com regras fixas de inferência. Essa prova é correta ou incorreta de forma bastante independente do acordo de qualquer audiência”⁵⁰.

Na esteira do que afirma CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO,

“argumentar é justamente influenciar pelo discurso. Para tanto, há necessidade de que se estabeleça o contato intelectual entre os espíritos. O discurso argumentativo pressupõe uma relação entre sujeitos. Relações intersubjetivas não se dão fora do tempo e do espaço como se dão as operações demonstrativas da Lógica Formal. São múltiplas e diferenciadas as influências e as reações que uma argumentação sofre e provoca no ambiente em que se desenvolve”⁵¹.

Aqui, desde logo, cabe ressaltar algumas considerações críticas realizadas especificamente por dois autores, MANUEL ATIENZA e ROBERT ALEXY, sobre a distinção entre argumentação e demonstração feita por CHAÏM PERELMAN.

Para MANUEL ATIENZA, o discurso de CHAÏM PERELMAN é, no mínimo, equivocado. Isso porque, desprezando a distinção usual entre justificação interna e justificação externa⁵², acabou por fixar o papel da lógica formal contrapondo-a, necessária e confusamente, à argumentação.

Além disso, equivoca-se quando aduz que a passagem das premissas à conclusão ocorre de maneira distinta na argumentação e na demonstração:

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva) São Paulo: Landy, 2001, p. 131.

⁵¹ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 50.

⁵² MANUEL ATIENZA define como justificação interna a justificação que se refere à validade de uma inferência a partir de premissas dadas, ao passo que a justificação externa põe à prova o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas. Segundo ele, as teorias da argumentação

“o erro consiste em ele não se dar conta de que a lógica – dedutiva ou não – se move no terreno das proposições e não no dos fatos; ou, por outras palavras, em não ter levado em conta a distinção (...) entre a conclusão de uma inferência e determinados estados de coisas, decisões, etc. que estão ligados a ela, mas não de modo lógico. No caso do silogismo prático – concretamente, do silogismo judicial -, uma coisa é a conclusão desse silogismo (...) e outra é a decisão prática que, é claro, não se segue necessariamente – dedutivamente – daquela conclusão (...)”⁵³.

ROBERT ALEXY, por outro lado, concordando com os ensinamentos do Professor de Bruxelas, assume que, de fato, na maioria dos argumentos justificativos que são apresentados ao auditório, a conclusão nem sempre segue logicamente das premissas (não necessariamente). Todavia, sabe (a partir dos estudos que fez de HARE) que todo argumento pode vir a ser suplementado com outras premissas de forma que a conclusão siga necessariamente das premissas. Isso, no entanto, afirma ROBERT ALEXY, não parece contradizer a intenção expressa por CHAÏM PERELMAN:

“quando ele escreve que o elo entre as premissas e a conclusão requer acordo, isso pode ser rephraseado dizendo-se que as premissas pressupostas mas não são expressamente afirmadas têm de ser aprovadas pela audiência. Se Perelman não se refere expressamente a essas premissas, isso pode ser explicado pela observação oportuna de que citar essas premissas é supérfluo ou não muito importante no curso da verdadeira argumentação (...) A formulação de premissas pressupostas deixa muito claro que o que precisa ser justificado deve ser a transição em questão”⁵⁴.

1.2.2.2. Contato dos espíritos

Toda argumentação, segundo CHAÏM PERELMAN, visa à adesão dos espíritos e, em vista disso, *pressupõe* a existência de um contato de espíritos entre o orador e seu auditório: é preciso que um discurso seja ouvido, que um livro seja lido, porque, sem isso, a ação do orador seria nula. E continua, afirmando que mesmo quando se trata de uma deliberação íntima, na qual aquele que demonstra as razões e

jurídica se ocupam fundamentalmente desta última. Para maiores detalhes, ver ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 50 e seguintes.

⁵³ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 128.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica...*, p. 132.

aquele a quem são destinadas essas razões são a mesma pessoa, o contato dos espíritos é indispensável, no sentido de que as pessoas sempre conversam com elas mesmas⁵⁵.

Afirma o Professor de Bruxelas:

*“poiché ogni argomentazione è relativa all’uditorio che si propone di influenzare, essa pressuppone – tanto dal lato dell’oratore che da quello degli ascoltatori (intendendo con ciò anche chi enuncia i propri argomenti per iscritto ed i relativi destinatari) – il desiderio di realizzare e di mantenere un contatto spirituale: il voler persuadere, dal punto di vista dell’oratore e il voler ascoltare, dal punto di vista dell’uditorio”*⁵⁶.

Essa relação entre os sujeitos, na argumentação, vai se estabelecer, segundo CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO, em dois níveis fundamentais. Primeiro, há que existir uma *linguagem comum*, estabelecida naturalmente pela sociedade, através da qual seja possível estabelecerem-se regras de comunicação. Em segundo lugar, há que existir uma *comunidade igualitária* (mais ou menos igualitária), fundada na liberdade dos indivíduos, em que a argumentação caracteriza-se pelo desejo de “obter a adesão do destinatário às suas teses mediante o despertar de sua convicção”⁵⁷.

Em suma, remontando à noção de argumentação (em oposição à demonstração), uma vez que corresponde a argumentação, antes de tudo, a uma ação, a um agir do orador e do ouvinte, de fato se torna indispensável a *interação* entre esses dois sujeitos – o que fala e o que escuta. A ação do orador tende a suscitar uma outra ação, a do ouvinte, na medida em que a adesão desejada pode se traduzir em uma outra ação ou, ao menos, em uma disposição à ação. “*L’argumentation*”, afirma CHAÏM PERELMAN, “*n’a pas uniquement pour but l’adhésion purement intellectuelle. Elle*

⁵⁵ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 24.

⁵⁶ PERELMAN, Chaïm *Logica giuridica...*, p. 167. [tradução da autora: “uma vez que cada argumentação diz respeito ao auditório que se propõe influenciar, ela pressupõe – tanto do lado do orador quanto dos ouvintes (entendendo com isso, também, quem enuncia por escrito os próprios argumentos, e os relativos destinatários) – a vontade de realizar e de manter um contato espiritual: o querer persuadir, do ponto de vista do orador, e o querer ouvir, do ponto de vista do auditório”].

⁵⁷ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação...*, p. 50-51.

vise, bien souvent, à inciter à l'action ou, du moins, à créer une disposition à l'action. Il est essentiel que la disposition ainsi créée soit suffisamment forte pour surmonter les obstacles éventuels"⁵⁸. E continua, dizendo que

*"celui qui argumente ne s'adresse pas à ce que l'on considère comme des facultés, telle la raison, les émotions, la volonté. L'orateur s'adresse à l'homme complet, mais, selon le cas, l'argumentation recherchera des effets différents et utilisera chaque fois des méthodes appropriées, tant à l'objet du discours qu'au type d'auditoire sur lequel on veut agir"*⁵⁹.

1.2.2.3. Auditório

Sem dúvida, este é o elemento central da teoria de CHAÏM PERELMAN e também o mais criticado por todos.

Em seu Tratado da Argumentação, CHAÏM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA introduzem a questão do auditório demonstrando a necessidade deste para o desenvolvimento da argumentação. Mas, vale ressaltar, o auditório ao qual se deve destinar o discurso do orador não é contemplativo, conforme já dito anteriormente, não deve existir apenas formalmente. Ora, a partir do momento em que o objetivo do orador é persuadir um determinado auditório, é mister que aqueles a quem se destina lhe prestem alguma atenção. Deve haver uma reciprocidade na relação entre o orador e o ouvinte: um deve possuir o desejo de argumentar e o outro o de, ao menos, ouvir. Esse contato entre orador e auditório é essencial para o

⁵⁸ PERELMAN, Chaïm. *L'empire rhétorique...*, p. 25-26. [tradução da autora: "a argumentação não tem como único objetivo a adesão puramente intelectual. Ela visa, de regra, a incitar a ação ou, ao menos, a criar uma disposição à ação. É essencial que a disposição assim criada seja suficientemente forte para superar os eventuais obstáculos"].

⁵⁹ PERELMAN, Chaïm. *L'empire rhétorique...*, p. 26-27. [tradução da autora: "aquele que argumenta não se dirige aquilo que consideramos como faculdades, tais como a razão, as emoções, a vontade. O orador se dirige ao homem como um todo, mas, conforme o caso, a argumentação procurará efeitos diferentes e utilizará cada vez métodos apropriados, tanto ao objeto do discurso quanto ao tipo de auditório sobre o qual deseja agir"].

desenvolvimento da argumentação. Esta é, “*toute entière, relative à l’auditoire qu’elle cherche à influencer*”⁶⁰.

Então, o que vem a ser esse auditório? De fato, em se utilizando apenas de critérios materiais, é deveras difícil determinar em que consiste o auditório. Por isso, para a retórica, a definição que CHAÏM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA entendem melhor para o auditório é aquela que o determina como um “*l’ensemble de ceux sur lesquels l’orateur veut influencer par son argumentation*”⁶¹. Esse conjunto, aduzem, é muito variável, e pode ir do orador, ele mesmo, no caso de uma deliberação íntima (quando trata de se tomar uma decisão em uma situação delicada, por exemplo), até a humanidade inteira, ao menos quanto aos indivíduos competentes e razoáveis⁶². Neste passo, o orador vem a ser o indivíduo que argumenta, que promove a argumentação, seja ela oral ou escrita.

Relembrando o que foi anteriormente mencionado, a argumentação pressupõe uma interação entre o orador e o seu auditório. Os parâmetros dessa intersubjetividade, afirma CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO, configuram-se exatamente pela adaptação do orador ao auditório e também pela adesão do auditório às teses do orador. “A adaptação do orador ao seu auditório pressupõe a adoção de determinados procedimentos argumentativos que estão diretamente relacionados com o grau de conhecimento do auditório que o orador possui, de tal modo que as qualidades do auditório determinam o tipo da argumentação escolhida e o conseqüente comportamento do orador”⁶³.

⁶⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.24. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p.21: “por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar”].

⁶¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.25. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p.22: “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”]. Originalmente, o conceito de auditório também pode ser encontrado na obra *L’empire rhétorique...*, p. 27.

⁶² PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 27-28.

⁶³ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação...*, p. 52.

Em não se conhecendo o auditório, por certo o orador irá presumi-lo, dentro de uma certa sistematicidade. Todavia, é preciso que essa presunção seja o mais próximo possível da realidade, sob pena de surtir a argumentação efeitos exatamente contrários aos pretendidos originariamente. Por isso, defende CHAÏM PERELMAN, o conhecimento do auditório é *condição prévia* de qualquer argumentação eficaz: todo orador que deseja persuadir um determinado auditório deve se adaptar a ele⁶⁴. Essa adaptação vai se dar levando em conta diversos elementos como, por exemplo, a qualidade e quantidade de pessoas a quem se dirige a argumentação. E, além dessa adaptação prévia, o orador também deve adaptar-se ao auditório no decorrer do seu discurso.

Ademais, é bastante comum, admite CHAÏM PERELMAN, que o orador tenha que persuadir um *auditório heterogêneo*, isto é, formado por pessoas com diferentes caracteres, vínculos e funções. Aqui, então, deverá o orador se utilizar de argumentos múltiplos para que consiga persuadir a todos do seu auditório. “*C’est l’art de tenir compte, dans son argumentation, de cet auditoire composite qui caractérise le grand orateur*”⁶⁵.

Três tipos de auditório são expressamente propostos por CHAÏM PERELMAN: o auditório universal, o auditório composto por um único ouvinte e o auditório composto pelo próprio sujeito, na deliberação sobre as razões de seus próprios atos.

⁶⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.26. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p.22-23].

⁶⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.28. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p.24: “é a arte de levar em conta, na argumentação, esse auditório heterogêneo que caracteriza o grande orador”].

O *auditório universal* é aquele formado por toda humanidade, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais⁶⁶, o qual compreende uma infinidade de auditórios particulares. “Os filósofos”, afirma CHAÏM PERELMAN,

*“prétendent toujours s’adresser à un pareil auditoire, non pas parce qu’ils espèrent obtenir le consentement effectif de tous les hommes – ils savent très bien que, seule, une petite minorité aura jamais l’occasion de connaître leurs écrits – mais parce qu’ils croient que tous ceux qui comprendront leurs raisons ne pourront qu’adhérer à leurs conclusions”*⁶⁷.

Além disso, lembra que o auditório universal será constituído por cada um a partir do que se sabe de seus semelhantes. Vale dizer, cada cultura, cada indivíduo, terá a *sua* própria concepção do que é o auditório universal. E os argumentos que serão utilizados perante este auditório desfrutam, em verdade, de maior valor frente aos que são utilizados perante um auditório particular, até chegar ao limite máximo, em que se constitui o que se chama de *acordo do auditório universal*, que terá por base, em última análise, o senso comum.

O auditório composto por um *único ouvinte* é aquele que se forma mediante o *diálogo* com um interlocutor apenas. Embora muitas vezes de fato o auditório seja formado por uma única pessoa, para o orador, ao final, o interlocutor sempre vai ser visto como uma encarnação do auditório universal ou, quando não, de um auditório particular, com a diferença de que *sempre* terá uma participação ativa no debate, necessariamente. E a escolha desse ouvinte único pelo orador será determinada pelos objetivos que pretendem ser alcançados pelo orador e também pela idéia que tem da maneira como um determinado grupo deve ser caracterizado.

⁶⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.39. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 34].

⁶⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.41. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p.35: “sempre pretendem dirigir-se a um auditório assim, não por esperarem obter o consentimento efetivo de todos os homens – sabem muito bem que somente uma pequena minoria terá um dia a oportunidade de conhecer seus escritos -, mas por crerem que todos os que compreenderem suas razões terão de aderir às suas conclusões. *O acordo de um auditório universal não é, portanto, uma questão de fato, mas de direito*”].

Com efeito, CHAÏM PERELMAN assume que o auditório constituído por um único interlocutor do diálogo parece contar com uma inegável vantagem frente ao auditório formado por uma multidão. À medida em que o diálogo ou a controvérsia se desenvolve, o orador vai conhecendo cada vez melhor o seu interlocutor, porque apenas um. Nas palavras do Professor de Bruxelas,

*“le but de l’échange d’idées étant de fournir aux participants à la discussion une meilleure connaissance les uns des autres, l’accord manifesté à cette occasion garantissait un déroulement plus serré de l’argumentation: c’est la raison pour laquelle Zénon comparait la dialectique, technique du dialogue, à un poing fermé, alors que la rhétorique lui paraissait semblable à une main ouverte”*⁶⁸.

Por fim, o terceiro tipo de auditório, constituído por um só sujeito que argumenta *consigo mesmo*: aqui, é como se o orador se dividisse em dois⁶⁹. Segundo o autor, a deliberação consigo mesmo é capaz de dar origem a um raciocínio muito mais sincero e honesto que todos os demais, raciocínio este no qual não se terá nada a esconder, ninguém será enganado, e nada mais existirá do que as próprias incertezas daquele que delibera⁷⁰, além do fato de que ele é, mais do que ninguém, capaz de avaliar os seus próprios argumentos.

O acordo consigo mesmo, admite CHAÏM PERELMAN, nada mais é do que um *“cas particulier de l’accord avec les autres”*⁷¹. Por essa razão entende que não há nada melhor para compreender essa deliberação consigo mesmo do que estudar a argumentação dirigida a outras pessoas.

Por fim, apenas a título de esclarecimento, embora o autor, ele mesmo, não forneça um conceito de *auditório particular*, não obstante o mencione o tempo

⁶⁸ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 29. [tradução da autora: “em sendo o objetivo da troca de idéias de fornecer aos participantes da discussão um melhor conhecimento uns dos outros, o acordo manifestado nesta ocasião garantiria um desenvolvimento mais fechado da argumentação: é a razão pela qual Zénon comparava a dialética, técnica do diálogo, a uma mão fechada, ao passo que a retórica lhe parecia uma mão aberta”].

⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 304.

⁷⁰ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 28.

⁷¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.54. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 46: “caso particular de acordo com os outros”].

todo em várias de suas obras, parece claro que quando CHAÏM PERELMAN se refere a um auditório particular ele está querendo, de certa forma, referir-se a uma determinada parcela do auditório universal (que é o todo, em princípio) que, em virtude de alguma especialidade comum entre os indivíduos, acabam por formar um grupo à parte. “*Ces auditoires se distinguent généralement par l’usage d’un langage technique qui leur est propre*”⁷². Auditório particular seria, por exemplo, um auditório formado por juristas, médicos, homens, mulheres, crianças, enfim, categorias especializadas da sociedade.

De tudo isso, pode-se concluir que há uma infinita variedade de auditórios, todos diferentes entre si, quantitativa e qualitativamente, o que, por certo, é um problema para o orador que, segundo se viu, deverá adaptar-se a cada auditório que pretende persuadir. Por consequência, não há como se pensar, absolutamente, numa determinada técnica argumentativa que servisse para todos os auditórios, e que correspondesse à realidade.

Neste passo, as críticas à noção de auditório se concentram particularmente no conceito de auditório universal.

MANUEL ATIENZA, ao analisar a teoria perelmaniana, aduz que de um ponto de vista teórico, ela peca pela absoluta falta de clareza de todos os seus conceitos centrais, dentre eles, o de auditório universal. Diz ser tal conceito ambíguo e apresenta, na seqüência, como foi expressa essa ambigüidade de forma diferente por distintos autores, quais sejam, AULIS AARNIO, ROBERT ALEXY e LETIZIA GIANFORMAGGIO. Como conclusão, aduz que o auditório universal de CHAÏM PERELMAN é antes uma “intuição feliz” do que um conceito cuidadosamente elaborado⁷³.

⁷² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p.133. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 112: “esses auditórios se distinguem em geral pelo uso de uma linguagem técnica que lhes é própria”].

⁷³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito...**, p. 116.

ROBERT ALEXY, por sua vez, como ressaltou o próprio MANUEL ATIENZA, também critica a noção de auditório universal perelmaniana, especialmente sob dois focos. Afirma, em primeiro lugar, que se trata efetivamente de uma noção ideal, mas tal característica não traz maiores problemas. O que é realmente problemática, na opinião de ROBERT ALEXY, é a idéia de que a composição deste auditório depende da idéia de cada um e também da cultura em que está inserido. Neste sentido, então, “uma audiência só é uma audiência universal para aqueles que a reconhecerem como tal. Para aqueles que não reconhecem ela é particular. Isso”, afirma, “limita bastante o papel normativo da audiência universal. É norma somente para aqueles que a aceitam como norma”⁷⁴.

Em contrapartida, pode-se encontrar na teoria perelmaniana uma outra noção de auditório universal, que tem como base o imperativo categórico de IMMANUEL KANT, assim formulada: “Você precisa se comportar como se fosse um juiz, cuja *ratio decidendi* deva fornecer um princípio válido para *todos os homens*”. Neste passo, o auditório universal é formado por todos os homens razoáveis, isto é, por todos os homens, ou melhor, “pela totalidade de seres humanos no estado em que encontrariam se tivessem desenvolvido suas capacidades de argumentação”⁷⁵ (admitindo-se, aqui, que nem todos têm as mesmas capacidades intelectuais). Pensar assim, no entanto, permite igualar o acordo universal de CHAÏM PERELMAN ao consenso de JURGEN HABERMAS, alcançado sob condições ideais.

Todavia, ROBERT ALEXY não tem como impossível a compatibilidade entre ambas as determinações citadas,

“pois quem apelar para a audiência universal está apelando para a totalidade de seres humanos como participantes da argumentação e, ao fazer isso, sua opinião sobre essas pessoas é formada pelas suas idéias preconcebidas sobre esses seres (...) Até o ponto em que ocorre um intercâmbio de argumentos, na mesma medida as idéias

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica...**, p. 133.

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica...**, p. 134.

preconcebidas perdem peso; mas, por sua vez se tornam o tema do discurso. O segundo componente então se torna decisivo”⁷⁶.

O problema que efetivamente se apresenta, então, é de que maneira poderá servir como padrão de avaliação dos argumentos um conceito formulado assim tão amplamente.

1.2.2.4. Persuadir e convencer

CHAÏM PERELMAN entende haver diferença entre o que se deve entender por persuasão e o que se deve entender por convicção, embora essa diferenciação não se apresente devidamente clara na obra do autor. Conquanto admita ser bastante tênue, de fato existe tal distinção.

De imediato, alerta que ora persuadir será mais do que convencer, ora se verificará o contrário. Vai depender do objetivo do orador: para aquele que se preocupa apenas com o resultado da argumentação, persuadir é mais do que convencer; em contrapartida, para aquele que se preocupa com o caráter racional da adesão, convencer é muito mais que persuadir⁷⁷. Este último caso é o que se deve verificar na argumentação, sob pena de ser a retórica um mero instrumento ideológico de manipulação.

Em outras palavras, o que CHAÏM PERELMAN tenta dizer através de tais afirmações é que o objetivo da argumentação deve ser sempre o de angariar adeptos ao discurso do orador. Entretanto, essa adesão do auditório deve se dar de uma forma consciente, isto é, as pessoas devem aderir às teses do orador porque assim decidiram fazer após uma reflexão, após terem pensado sobre o assunto e chegado a uma conclusão que têm como certa – no caso, a posição do orador. Para a

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica...**, p. 134-135.

⁷⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p.35. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 30].

argumentação, então, não interessa a adesão inconsciente, originada apenas, por exemplo, de uma intimidação emocional da parte do orador.

A partir disso, propõe-se CHAÏM PERELMAN a chamar de persuasiva uma argumentação que objetiva valer apenas para um auditório particular, ao passo que convincente seria a argumentação destinada a obter a adesão de todo ser racional – vale dizer, do auditório universal⁷⁸. Ademais, afirma existir um vínculo, ainda que não muito nítido, entre persuasão e ação e outro entre convicção e inteligência⁷⁹. Isso significa dizer, parece, que a persuasão ocorre quando um grupo determinado, menor, age, em função daquilo que disse o orador, não porque acredita efetivamente naquilo que foi dito, mas por outras razões (por exemplo, apenas para acompanhar os demais). Por outro lado, aqueles que são convencidos agem porque acreditam naquilo que lhes foi dito e tomam, agora, o discurso também como seu, e por essa razão vão agir.

O problema que surge, então, é exatamente o de *como* é possível qualificar o auditório, ao qual é destinado o discurso convincente, como racional: “a idéia de um auditório racional passa a assumir uma função normativa, de modo que um discurso convincente é composto de teses universalizáveis, o que equivale a dizer que são aceitáveis pelo auditório universal”⁸⁰. Dito de outra forma, um discurso só será convincente (passível de adesão pelo auditório de forma refletida e consciente) quando dirigido ao auditório universal, isto é, ao conjunto de todas as pessoas racionais. Os auditórios particulares, portanto, só poderiam ser persuadidos, jamais convencidos.

Pensar assim, no entanto, significa admitir que *um* determinado discurso seja capaz de convencer uma humanidade inteira (ainda que esta seja formada pelos mais distintos indivíduos), que seja capaz de conseguir um consenso geral, o que, na

⁷⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.36. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 31].

⁷⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 38. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 32].

⁸⁰ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação...*, p. 57.

prática, sabe-se evidentemente impossível⁸¹. O próprio CHAÏM PERELMAN, num determinado momento, chega a duvidar de que isso seja possível: “porém nunca se pode estar seguro da adesão efetiva desse auditório, pois ele constitui apenas uma criação do nosso pensamento, apenas uma extrapolação a partir do que nos é efetivamente dado. O objetivo, o válido, o racional só podem *pretender* a adesão desse auditório universal”⁸².

1.2.2.5.Efeitos da argumentação

Como já exposto repetidas vezes no trabalho, é sabido que o objetivo da argumentação é sempre conseguir ou aumentar a adesão do auditório (dos espíritos) às teses que são apresentadas a sua aceitação. Destarte, a argumentação, para ser considerada eficaz, deve verdadeiramente conseguir a adesão do auditório ou aumentar a adesão do auditório, de forma que incite a ação dos ouvintes ou, ao menos, a disposição para uma ação.

Tal eficácia, segundo CHAÏM PERELMAN, vai ser determinada conforme a adaptação do orador ao auditório: “*l’orateur, s’il veut agir efficacement par son discours, doit s’adapter à son auditoire*”⁸³. E esta adaptação vai se dar essencialmente através das teses escolhidas pelo orador para expor ao seu auditório. Assim é que, consoante esclarece CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO, “o raciocínio do orador deve ter como ponto de partida teses que já são admitidas pelo auditório”⁸⁴, pois se assim não for, as premissas adotadas serão tidas como inaceitáveis (não como falsas) e serão provavelmente desaprovadas pelo auditório.

Neste aspecto, CHAÏM PERELMAN é bastante claro:

⁸¹ Tal questão será discutida adiante, quando se falar do juiz e seu auditório.

⁸² PERELMAN, Chaïm. **Retóricas...**, p. 272.

⁸³ PERELMAN, Chaïm. **L’empire rhétorique...**, p. 35. [tradução da autora: “o orador, se quiser agir de forma eficaz através de seu discurso, deve se adaptar ao seu auditório”].

⁸⁴ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 57.

“en effet, le but de l’argumentation n’est pas, comme celui de la démonstration, de prouver la vérité de la conclusion à partir de celle des prémisses, mais de transférer sur les conclusions l’adhésion accordée aux prémisses. Au risque d’échouer dans sa mission, l’orateur ne devra partir que de prémisses qui bénéficient d’une adhésion suffisante: si celle-ci ne l’était pas, la première préoccupation de celui qui veut persuader devrait être de la renforcer par tous les moyens dont il dispose. Car le transfert de l’adhésion ne se réalise que par l’établissement d’une solidarité entre les prémisses et les thèses que l’on s’efforce de faire admettre”⁸⁵.

Quando, no entanto, o orador parte para o discurso sem se preocupar com o seu auditório, partindo do pressuposto que suas teses são previamente admitidas, ocorre o que o se chama de *petição de princípio*, a falta mais grave que pode ser cometida pelo orador⁸⁶: *“la pétition de principe consiste en un usage de l’argument ad hominem lorsqu’il n’est pas utilisable, parece qu’elle suppose que l’interlocuteur a déjà adhéré à une thèse que l’on s’efforce justement de lui faire admettre”⁸⁷*. Trata-se de um verdadeiro erro de argumentação.

Isso porque, consoante mencionado, através da argumentação sempre se vai buscar a adesão de um determinado auditório às teses do orador, através da retórica. Se a tarefa consiste justamente em conseguir a adesão, não haverá que se falar em argumentação nos casos em que o auditório já tem como suas as teses que o orador apresentará.

Em última análise, então, pode se dizer que a adesão do auditório significa que os argumentos aceitos assim o foram porque fundamentados em um

⁸⁵ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 35. [tradução da autora: “com efeito, o objetivo da argumentação não é, como o da demonstração, de provar a veracidade da conclusão a partir da verdade das premissas, mas de transferir a adesão das premissas à conclusão. Correndo o risco de falhar em sua missão, o orador não deverá utilizar senão as premissas que ensejem uma adesão suficiente: se esta não ocorrer, a primeira preocupação daquele que deseja persuadir deveria ser de reforçá-la por todos os meios dos quais dispõe. Porque a transferência da adesão não se realiza senão pelo estabelecimento de uma solidariedade entre as premissas e as teses que o orador se esforça para fazer admitida”].

⁸⁶ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 36.

⁸⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.151. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 127: “a petição de princípio consiste num uso do argumento *ad hominem* quando ele não é utilizável, porque ela supõe que o interlocutor já aderiu a uma tese que o orador justamente se esforça por fazê-lo admitir”].

senso comum⁸⁸. E esta busca pelos fundamentos de um senso comum é exatamente o que vai se chamar de acordo na teoria perelmaniana, conforme se verá logo a seguir.

1.2.2.6. Acordo

Para CHAÏM PERELMAN, a noção de acordo é fundamental para o desenvolvimento da argumentação. Afirma que “*le déroulement aussi bien que le point de départ de l’argumentation supposent accord de l’auditoire*”⁸⁹. Aduz ainda que o acordo pode ter por objeto tanto o conteúdo das premissas apresentadas pelo orador como também as ligações entre as premissas e a forma de utilização dessas ligações. De qualquer forma, do início ao final, o exame da argumentação vai dizer com aquilo que é admitido (presumidamente) pelo auditório.

Em outras palavras, o acordo é exatamente a adesão ou a propensão à adesão, demonstrada pelo auditório, ao discurso do orador. Por isso que se diz que o acordo é que vai reger a argumentação do início ao fim: para iniciar, o orador, adaptando-se ao auditório, vai se utilizar dos argumentos passíveis de admissão pelos ouvintes; no decorrer da argumentação, de acordo com a reação do auditório, o orador vai modificar ou não a sua técnica argumentativa, com vistas sempre ao seu objetivo maior, qual seja, a adesão, o acordo do auditório.

A questão da adesão, todavia, não se restringe apenas a um problema de linguagem⁹⁰, ou seja, não é suficiente, para o acordo, que o auditório compreenda

⁸⁸ Na concepção de CHAÏM PERELMAN, *senso comum* é o conjunto de crenças admitidas em uma determinada sociedade, as quais seus membros presumem ser partilhadas por todo o ser racional. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.132 e seguintes. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 112 e seguintes].

⁸⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.87. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 73: “tanto o desenvolvimento como o ponto de partida da argumentação pressupõem acordo do auditório”].

⁹⁰ “O exercício eficaz da argumentação supõe um meio de comunicação, uma linguagem comum, sem a qual o contato das mentes é irrealizável. Essa linguagem é produto de uma tradição social, que será de feitio diferente no caso de uma linguagem natural ou no de uma língua

aquilo que diz o orador para que seja garantida a adesão às teses expostas. CHAÏM PERELMAN deixa isto bem claro em uma das passagens de um de seus livros, *Logica giuridica e nuova retorica*, a qual, apesar de um tanto longa, é bastante ilustrativa:

“per persuadere il proprio pubblico, occorre anzitutto conoscerlo, conoscere cioè le tesi che l’uditorio ammette fin dal’inizio ed alle quali sarà possibile agganciare l’argomentazione. È importante non solo sapere quali siano tali tesi, accettate dal pubblico, ma, inoltre, sapere con quale intensità vi si consente, giacché si tratta delle tesi da cui l’argomentazione può prendere le mosse. In effetti, molto spesso in una controversia delle tesi si contrappongono fra loro, e vincerà quella a cui si dà maggior peso, a cui si aderisce con maggior intensità. Collegare un’argomentazione a premesse che hanno ricevuto una adesione del tutto superficiale è altrettanto disastroso che l’attaccare un quadro pesante a un chiodo mal messo: rischia di crollare tutto; e, invece di veder accolte le conclusioni, per la solidarietà che si instaura tra queste e le tesi di partenza saranno queste ultime ad essere abbandonate dall’uditorio, se le conclusioni alle quali giunge l’argomentazione gli sembrano meno accettabili delle tesi alle quali la si collega. Questa d’altra parte è la ragione per cui certi discorsi, come gli elogi funebri, le cerimonie patriottiche e religiose, le commemorazioni di vario ordine sono così importanti per rafforzare l’adesione a valori che potrebbero venir messi in dubbio in altre occasioni. Tali discorsi, che non conducono ad alcuna concreta decisione né ad azioni particolari, creano nondimeno una disponibilità preventiva, essenziale per orientare scelte future”⁹¹.

Neste sentido, é lícito afirmar que há especialmente três ordens de acordo: o acordo relacionado à natureza das premissas, o acordo relacionado à escolha das premissas e o acordo relacionado com a apresentação das premissas.

técnica, comum aos membros de uma disciplina ou de uma profissão, diferente no caso de uma língua comum e no de uma língua reservada apenas aos iniciados”. PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 305.

⁹¹ PERELMAN, Chaïm *Logica giuridica...*, p. 168. [tradução da autora: “para persuadir o próprio público, é preciso, antes de tudo, conhecê-lo, isto é, conhecer as teses que o auditório admite desde o início e às quais será possível vincular a argumentação. É importante não apenas saber quais são tais teses, aceitas pelo público, mas também saber com qual intensidade a elas se consente, já que se tratam das teses pelas quais a argumentação se inicia. De fato, muitas vezes, em uma controvérsia, as teses se contrapõem entre elas, e vencerá aquela a qual se dá maior peso, a qual se adere com maior intensidade. Ligar uma argumentação a premissas que têm recebido adesão de todo superficial é igualmente desastroso quanto pendurar um quadro pesado por um prego mal colocado: arrisca cair tudo; e, ao invés de ver acolhidas as conclusões, pela solidariedade que se instaura entre estas e as premissas, serão estas últimas abandonadas pelo auditório, se as conclusões as quais chega a argumentação parecem-nos menos aceitáveis que as teses as quais se liga. Esta, por outro lado, é a razão pela qual certos discursos, como os elogios fúnebres, as cerimônias patrióticas e religiosas, as comemorações de várias ordens são tão importantes para reforçar a adesão a valores que poderiam vir questionados em outras ocasiões. Tais discursos, que não caducam por uma decisão concreta ou por

No que tange à natureza das premissas, os objetos de acordo dividem-se em dois grupos: objetos de acordo real e objetos de acordo preferível. No primeiro encontrar-se-iam os fatos, as verdades e as presunções; no segundo, os valores, as hierarquias e os lugares do preferível.

Os *fatos*, na argumentação, não podem ser caracterizados unicamente pela idéia que se tem, de regra, de determinado gênero de acordos a respeito de certos dados. Em geral, utiliza-se a categoria dos fatos para designar-se objetos de acordo precisos e limitados⁹². Todavia, dentro de uma realidade objetiva, CHAÏM PERELMAN, utilizando-se de um conceito de HENRI POINCARÉ, diz ser fato “*ce qui est commun à plusieurs êtres pensants et pourrait être commun à tous*”⁹³. Essa definição leva necessariamente à noção de acordo do auditório universal. Vale dizer, a maneira de se conceber esse mesmo auditório será determinante para decidir, em cada caso, o que será considerado um fato e vai se caracterizar pela adesão do auditório universal. Desde um ponto de vista da argumentação, estar-se-á diante de um fato se é possível requerer a seu respeito um acordo universal, incontroverso.

Em um primeiro momento, então, os fatos são afastados da argumentação, pois “*l’adhésion au fait ne sera, pour l’individu, qu’une réaction subjective à quelque chose qui s’impose à tous*”⁹⁴. Entretanto, sabe-se que um acordo é sempre passível de ser questionado e, portanto, um determinado acontecimento pode também, por consequência, perder o seu estatuto de fato. Isso poderá ocorrer de duas formas: quando o fato é questionado pelo próprio auditório, ao que foi originalmente apresentado, e quando é questionado pelo auditório ampliado, cujos “novos membros”

ações particulares, criam todavia uma disponibilidade preventiva, essencial para orientar escolhas futuras”].

⁹² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.92. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 77].

⁹³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.41. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 75: “o que é comum a vários entes pensantes e poderia ser comum a todos”]. Ver também: PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 37.

⁹⁴ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 37. [tradução da autora: “a adesão ao fato não será, para o indivíduo, senão uma reação subjetiva a alguma coisa que se impõe a todos”].

não aceitam tal estatuto. De qualquer forma, antes disso acontecer, o orador procurará, de todas as formas possíveis, afastar tal questionamento⁹⁵. E, uma vez perdido tal estatuto, o acontecimento só poderá recobrá-lo se permanecer distante do contexto argumentativo, ou seja, se novamente vier a ser imposto a todos, de forma incontroversa.

As *verdades*, assim como os fatos, são tidas como elementos objetivos. Elas representam, no entanto, sistemas de maior complexidade, referentes a ligações entre os fatos, tratando de teorias científicas ou até mesmo de concepções filosóficas e religiosas que estão para além da experiência. Da mesma forma que os fatos, são, em princípio, impostas a todos, mas podem ser questionadas.

CHAÏM PERELMAN explica que, de regra, os fatos e as verdades são utilizados como objetos de acordo diferentes, mas entre os quais existem determinadas ligações que tornam possível a transferência do acordo. Assim, “*la certitude du fait A, combiné avec la croyance au système S, entraîne la certitude du fait B, c’est-à-dire qu’admettre le fait A, plus la théorie S, revient à admettre B*”⁹⁶.

Ao lado dos fatos e das verdades, encontram-se as *presunções*. Estas também gozam do acordo universal e, embora não sejam tão seguras quanto os fatos e as verdades, fornecem bases suficientes para uma convicção razoável⁹⁷. CHAÏM PERELMAN entende que a adesão às *presunções* não é nunca total, razão pela qual ela

⁹⁵ Assim se manifesta CHAÏM PERELMAN: “*mais dès qu’un fait ou une vérité sont contestés par l’auditoire, l’orateur ne peut plus s’en prévaloir, à moins de montrer que l’opposant se trompe ou du moins qu’il n’y a pas lieu de tenir compte de son avis, c’est-à-dire en le disqualifiant, en lui enlevant la qualité d’interlocuteur compétent et raisonnable*”. PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 37. [tradução da autora: “mas a partir do momento em que um fato ou uma verdade são contestados pelo auditório, o orador não pode mais fazê-los prevalecer, a menos que demonstre que o opositor está enganado ou, ao menos, que não é possível levar em consideração a sua opinião, ou seja, desqualificá-lo, retirando-o a qualidade de interlocutor competente e razoável”].

⁹⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.93. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 78: “a certeza do fato A, combinado com a crença no sistema S, acarreta a certeza do fato B, o que significa admitir o fato A, mais a teoria S, equivale admitir B”].

⁹⁷ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 38.

deve ser constantemente reforçada por outros elementos. Elas estão ligadas, em cada caso concreto, às noções de normal e verossímil⁹⁸.

Além disso, as presunções, ligadas ao senso comum, podem ser, todavia, questionadas pelos fatos, pois *“l’inattendu n’est pas à exclure”*⁹⁹.

*“Mais comme les présomptions, de par leur nature, sont sujettes à êtres renforcées, il semble que, sur ce point, une nuance importante doive être soulignée: tandis que la justification d’un fait risque toujours de diminuer son statut, il n’en est pas de même en ce que concerne les présomptions; pour conserver leur statut point n’est besoin donc de les détacher d’une argumentation préalable éventuelle. Toutefois, le plus souvent les présomptions sont admises d’emblée, comme point de départ des argumentations”*¹⁰⁰.

As presunções são fundadas sobre a idéia de que o normal geralmente se produz¹⁰¹. Entretanto, a noção de normal é suscetível de distintas interpretações e uma discussão pode ser travada para se perquirir se determinada presunção é aplicável em um determinado caso, uma vez dados os fatos da causa. Neste caso, poderá ser sentida, desde logo, uma tentativa de afastar uma presunção que favorece a tese do adversário. Assim, pode-se dizer que o efeito imediato da presunção é que ela impõe o ônus da prova àquele que quer se opor a sua aplicação¹⁰².

Por fim, ressalta CHAÏM PERELMAN que

⁹⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 94-95. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 80].

⁹⁹ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 38. [tradução da autora: “o inesperado não pode ser excluído”].

¹⁰⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 94. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 79: “mas como as presunções, por natureza, estão sujeitas a ser reforçadas parece que, neste ponto, deve ser salientado um importante matiz: ao passo que a justificação de um fato sempre corre o risco de diminuir-lhe o estatuto, não se dá o mesmo com o que concerne às presunções; para conservar seu estatuto, não há necessidade portanto de separá-las de uma eventual argumentação prévia. Todavia, o mais das vezes as presunções são admitidas de imediato, como ponto de partida das argumentações”].

¹⁰¹ “On présume, jusqu’à preuve du contraire, que le normal est ce qui se produira, ou s’est produit, ou plutôt que le normal est une base sur laquelle nous pouvons tabler dans nos raisonnements”. Neste sentido ver: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p.95. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 80: “presume-se, até prova em contrário, que o normal é o que ocorrerá, ou ocorreu, ou melhor, que o normal é uma base com a qual podemos contar em nossos raciocínios”].

“L'accord basé sur la présomption du normal est censé valable pour l'auditoire universel au même titre que l'accord sur les faits avérés et les vérités. Aussi cet accord est souvent malaisément discernable de l'accord sur des faits. Les faits présumés sont, à un moment donné, traités comme équivalents à des faits observés, et peuvent servir, au même titre qu'eux, comme prémisses à des argumentations. Ce, bien entendu, jusqu'à mise en discussion de la présomption”¹⁰³.

Os objetos de acordo relacionados ao preferível (em oposição aos objetos de acordo do real – fatos, verdades e presunções) dividem-se em dois grupos: os objetos que recaem sobre preferências (valores e hierarquias) e objetos que recaem sobre o preferível (lugares do preferível).

Os valores, para CHAÏM PERELMAN, intervêm em todas as argumentações, em um momento ou outro, seja nos raciocínios de ordem puramente científica, seja nos raciocínios jurídicos, políticos e filosóficos. Ressalta, ainda, que o grau de generalidade do valor será determinante para a sua validade perante o auditório: “quanto mais vagos, mais próximos estão de serem aceitos por todos, ou seja, pelo auditório universal. Quanto mais precisos se tornam, mais característicos às orientações de auditórios específicos, isto é, de auditórios particulares”¹⁰⁴.

Os valores objetos do acordo podem ser abstratos ou concretos. Serão concretos os valores que se vinculam a um ente vivo, a um grupo determinado, a um objeto particular, quando examinado isoladamente. Exemplos: família, Igreja. Os valores abstratos, pelo contrário, consistem em certos comportamentos e virtudes que não podem ser definidos e compreendidos como os valores concretos. São exemplos de valores abstratos a justiça, a lealdade, a solidariedade, entre outros. E, apesar de serem distintos, os valores concretos são utilizados, comumente, como fundamento dos

¹⁰² PERELMAN, Chaïm. *L'empire rhétorique...*, p. 39.

¹⁰³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 98. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 83: “o acordo baseado na presunção do normal é supostamente válido para o auditório universal da mesma forma que o acordo sobre os fatos demonstrados e as verdades. Por isso costuma ser difícil distinguir esse acordo do acordo sobre fatos. Os fatos presumidos são, num dado momento, tratados como equivalentes a fatos observados e podem servir, da mesma forma que eles, como premissa para argumentações. Isso, bem entendido, até que se ponha em discussão a presunção”.

valores abstratos, sendo a recíproca também verdadeira. Por fim, aduz o Professor de Bruxelas, que *“les raisonnements fondés sur des valeurs concrètes semblent caractéristiques des sociétés conservatrices. Par contre, les valeurs abstraites servent plus aisément à la critique, seraient liées à la justification du changement, à l’esprit révolutionnaire”*¹⁰⁵.

As *hierarquias* estão intrinsecamente ligadas aos valores: “as verdades não admitem hierarquias, mas os valores sim”¹⁰⁶. A exemplo dos valores, as hierarquias também podem ser concretas, referindo-se a elementos vivos, concretos (o homem é superior aos demais animais), ou abstratas, referindo-se a comportamentos e virtudes (o justo é superior ao útil).

A hierarquia, como é de notório conhecimento, e aqui não é diferente, consiste em uma graduação dos valores, em que uns vão ser tidos como mais importantes do que outros. Para a argumentação, é exatamente isso que vai importar, muito mais do que os próprios valores em si. Em outras palavras, para o desenvolvimento de uma argumentação eficaz, muito mais relevante é conhecer a hierarquia de valores de um determinado auditório do que os próprios valores por ele eleitos, uma vez que a maior parte dos valores é comum a todos os auditórios. Assim, *“ce qui caractérise chaque auditoire, c’est moins les valeurs qu’il admet, que la manière dont il les hiérarchise”*¹⁰⁷.

Os lugares do preferível, em resumo, assumem junto aos valores e às hierarquias a mesma importância que as presunções junto aos fatos e às verdades. Lugares (ou *topoi*) são chamadas as premissas de caráter muito geral, aplicáveis em

¹⁰⁴ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação...*, p. 59.

¹⁰⁵ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 42. [tradução da autora: “os raciocínios fundados sobre valores concretos lembram características de sociedades conservadoras. Pelo contrário, os valores abstratos servem mais facilmente à crítica, seriam ligados à justificação da mudança, ao espírito revolucionário”].

¹⁰⁶ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação...*, p. 59.

diversas circunstâncias. Segundo CHAÏM PERELMAN, ARISTÓTELES já diferenciava os lugares em lugares comuns (premissas aplicáveis nas mais distintas situações, porque de mais fácil aceitação) e lugares específicos (premissas aplicáveis a uma ciência particular, com características específicas). Além disso, os lugares podem se apresentar de outras formas: lugares da quantidade, da qualidade, de ordem, do existente, da essência e da pessoa¹⁰⁸.

Finalmente,

*“tout ce qui, dans l’argumentation, est censé porter sur le réel, se caractérise par une prétention de validité pour l’auditoire universel. Par contre ce qui porte sur le préférable, ce qui détermine nos choix et qui n’est pas conforme à une réalité préexistente, sera lié à un point de vue déterminé que l’on ne peut identifier qu’avec celui d’un auditoire particulier, aussi vaste soit-il”*¹⁰⁹.

Ademais, toda argumentação vai implicar também uma preliminar escolha, uma seleção dos fatos e dos valores, com suas descrições de uma forma particular, em uma determinada linguagem e de acordo com a importância que se lhes dá¹¹⁰. A seleção prévia dos elementos de base para a argumentação é muito importante, afinal, é com tais elementos que o orador vai tentar persuadir ou convencer o seu auditório.

Afirma CHAÏM PERELMAN:

“les accords dont l’orateur dispose, sur lesquels il peut prendre appui pour argumenter, constituent un donné, mais qui est si vaste e susceptible d’être utilisé de

¹⁰⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p. 109. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 92: “o que caracteriza cada auditório é menos os valores que admite do que o modo como os hierarquiza”].

¹⁰⁸ Para maiores detalhes sobre os tipos de lugares, ver: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p. 112 e seguintes. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 94 e seguintes].

¹⁰⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p. 88. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 74: “na argumentação, tudo o que se presume versar sobre o real se caracteriza por uma pretensão de validade para o auditório universal. Em contrapartida, o que versa sobre o preferível, o que nos determina as escolhas e não é conforme uma realidade preexistente, será ligado a um ponto de vista determinado que só podemos identificar com o de um auditório particular, por mais amplo que seja”].

¹¹⁰ PERELMAN, Chaïm. **L’empire rhétorique...**, p. 48.

*façons si diverses, que la manière de s'en prévaloir présente une importance capitale. Avant d'examiner l'usage argumentatif de ce donné, il est donc indispensable d'attirer l'attention sur le rôle de la sélection préalable des éléments, qui serviront de point de départ à l'argumentation, et de leur adaptation aux buts de cette dernière*¹¹¹.

Assim, deve o orador, previamente à argumentação, escolher os elementos que irá apresentar ao auditório, deve selecionar um modo de descrição e apresentação desses elementos, deve selecionar os valores de que vai dispor, enfim, deve preparar cuidadosamente o seu discurso, a fim de que seja possível o alcance de seu objetivo maior, qual seja, repita-se, a adesão do auditório.

A escolha, adverte CHAÏM PERELMAN, é deveras importante, pois é ela que vai dar aos elementos escolhidos o que ele chama de *presença*¹¹², isto é, vai permitir que tais elementos estejam presentes na consciência dos indivíduos e, por isso, sejam mais facilmente por eles aceitos – a presença vai agir diretamente sobre a sensibilidade de cada um¹¹³. De fato, a pura existência da coisa não basta para que se tenha o sentimento de sua presença, por isso é necessário que o orador o faça através da escolha de determinados elementos, determinada coisa. Essa escolha, portanto, é sempre parcial e tendenciosa, pois visa sempre, em última análise, à adequação ao auditório. Em contrapartida, a presença também pode dar origem a alguns inconvenientes. Não se pode negar a possibilidade de que venha a distrair o auditório ou levá-lo para uma direção distinta da pretendida pelo orador¹¹⁴.

Por fim, os argumentos escolhidos deverão ser apresentados ao auditório. E de que formas isso pode ocorrer, com vistas a um resultado positivo da ação do

¹¹¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p. 98. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 130: “os acordos de que dispõe o orador, nos quais pode apoiar-se para argumentar, constituem um dado, mas tão amplo e suscetível de ser utilizado de modos tão diversos, que a maneira de prevalecer-se dele apresenta uma importância capital. Portanto, antes de examinar o uso argumentativo desse dado, é indispensável chamar a atenção sobre o papel da seleção prévia dos elementos que servirão de ponto de partida para argumentação e da adaptação deles aos objetivos desta última”].

¹¹² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p. 155. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 132].

¹¹³ PERELMAN, Chaïm. **L’empire rhétorique...**, p. 49.

¹¹⁴ PERELMAN, Chaïm. **L’empire rhétorique...**, p. 49.

orador, vale dizer, quais são as possíveis maneiras através das quais o orador poderá apresentar seu discurso de modo a fazer a argumentação mais eficiente possível?

Para CHAÏM PERELMAN,

“une présentation efficace, qui impressionne la conscience des auditeurs, est essentielle non seulement dans toute argumentation visant à l'action immédiate, mais aussi dans celle qui vise à orienter l'esprit d'une certaine façon, à faire prévaloir certains schèmes interprétatifs, à insérer les éléments d'accord dans un cadre qui les rende significatifs et leur confère la place qui leur revient dans un ensemble”¹¹⁵.

De fato, a primeira coisa em que se pensa, neste momento, é na linguagem a ser utilizada pelo orador (mais formal, mais técnica, mais rebuscada, etc.). A linguagem, conforme dito outrora, é pressuposto também da efetiva argumentação – é necessário que orador e auditório falem a mesma língua para que possam se entender. Mas não é só isso. Para a apresentação dos argumentos o orador, sempre dependendo de seu auditório, vai poder se utilizar de diversos efeitos de linguagem, tais como a repetição, a acumulação de elementos contraditórios, a enumeração dos argumentos, o reforço de algumas passagens, entre inúmeros outros.

Ademais, o orador poderá escolher entre três ordens de apresentação dos argumentos¹¹⁶: uma ordem decrescente, em que os argumentos mais fortes são

¹¹⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 191. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 161: uma apresentação eficaz, que impressiona a consciência dos ouvintes, é essencial não só em toda argumentação visando à ação imediata, mas também naquela que visa a orientar o espírito de uma certa forma, a fazer que prevaleçam certos esquemas interpretativos, a inserir os elementos de acordo num contexto que os torne significativos e lhes confira o lugar que lhes compete num conjunto”].

¹¹⁶ “Si l'argumentation est essentiellement adaptation à l'auditoire, l'ordre des arguments d'un discours persuasif devrait tenir compte de tous les facteurs susceptibles de favoriser leur accueil auprès des auditeurs. Trois points de vue au moins peuvent être adoptés dans le choix de l'ordre persuasif: celui de la situation argumentative, c'est-à-dire de l'influence qu'auront, sur les possibilités argumentatives d'un orateur, les étapes antérieures de la discussion; celui du conditionnement de l'auditoire, c'est-à-dire des modifications d'attitude engendrées par le discours; celui enfin des réactions que suscite, dans l'auditoire, la saisie d'un ordre dans le discours”. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 650-651. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 556-557: “Se a argumentação é, essencialmente, adaptação ao auditório, a ordem dos argumentos de um discurso persuasivo deveria levar em conta todos os fatores suscetíveis de favorecer-lhes a acolhida pelos ouvintes. Três pontos de vista, pelo menos, podem ser adotados na

apresentados em primeiro lugar, uma ordem crescente, em que se vai do argumento mais fraco ao mais forte, e uma terceira ordem, na qual se começa e se termina o discurso por argumentos fortes e os argumentos fracos são apresentados no meio da argumentação¹¹⁷. Demais disso, poderá o orador optar por expor claramente suas idéias ou então deixar as premissas subentendidas, para que o auditório as desvende, enfim, vários são os meios através dos quais o orador poderá apresentar o seu discurso, tudo vai depender única e exclusivamente de seu auditório¹¹⁸.

1.3. As espécies de argumentos: os argumentos quase-lógicos, os argumentos baseados na estrutura do real e os argumentos que fundam a estrutura do real

É preciso deixar claro, desde logo, que para os fins a que se propõe este trabalho, não tem lugar a apresentação minuciosa do extenso rol das técnicas argumentativas apresentadas por CHAÏM PERELMAN. Todavia, ainda que de forma sucinta, as técnicas argumentativas serão rapidamente expostas a seguir, apenas para que se possa ter uma idéia primária do que vem a consistir cada espécie de argumento¹¹⁹.

Os argumentos *quase-lógicos* são raciocínios ditos não-formais, embora guardem alguma semelhança com os raciocínios lógicos (mas, em verdade, não o são). Através da argumentação, esses argumentos são simplificados, aproximando-se do raciocínio formal, de onde tiram sua força persuasiva (por isso são chamados de

escolha da ordem persuasiva: o da situação argumentativa, ou seja, da influência que terão, sobre as possibilidades argumentativas de um orador, as etapas anteriores da discussão; o do condicionamento do auditório, ou seja, das modificações de atitude geradas pelo discurso; enfim, o das reações suscitadas, no auditório, pela apreensão de uma ordem no discurso”].

¹¹⁷ Sobre essa ordem, ver: PERELMAN, Chaïm. **L’empire rhétorique...**, p. 161 e seguintes.

¹¹⁸ Para maiores detalhes sobre a apresentação dos dados ver: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p. 191 e seguintes. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 161 e seguintes].

¹¹⁹ CHAÏM PERELMAN trata detalhadamente de todos os argumentos nas obras **Traité de l’argumentation: la nouvelle rhétorique** e **L’empire rhétorique**.

quase-lógicos). Segundo CHAÏM PERELMAN, “*ce qui caractérise l’argumentation quasi logique, c’est donc son caractère non-formel, et l’effort de pensée que nécessite sa réduction au formel*”¹²⁰. Essa redução poderá acontecer em dois nortes: ora vão se referir aos termos do discurso, ora às estruturas. Todavia, vale ressaltar que “*à cause des inconvénients de la réduction au formel et au quantitatif, il est rare que les arguments quasi logiques puissent, à eux seuls, emporter la conviction: ils devront être complétés par des arguments basés sur la structure du réel*”¹²¹.

A argumentação através desses argumentos pode ser apresentada de uma forma mais ou menos explícita. Vale dizer que em alguns momentos o orador apontará os raciocínios formais aos quais quer fazer referência, aproveitando-se do prestígio do pensamento lógico. Em outros momentos, os raciocínios lógicos serão utilizados apenas como recursos secundários, subjacentes. De qualquer forma, esses argumentos quase-lógicos têm pretensão a certa validade justamente por seu aspecto racional, originado da relação estreita entre eles e os raciocínios lógicos.

MANUEL ATIENZA¹²², sintetizando o pensamento de CHAÏM PERELMAN, conclui que os argumentos quase-lógicos dividem-se em quatro subtipos: lógicos, matemáticos, de comparação e probabilidades. Estes, por sua vez, dividem-se em outros vários subtipos. Entretanto, falar mais pormenorizadamente de cada um não é viável na proposta deste trabalho.

Os argumentos *baseados na estrutura do real* são formados por elementos da realidade que se associam uns aos outros em uma relação reconhecida. Eles se valem exatamente de estruturas do real para estabelecer uma vinculação entre

¹²⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 260. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 220: “o que caracteriza a argumentação quase-lógica é, portanto, seu caráter não-formal e o esforço mental de que necessita sua redução ao formal”].

¹²¹ Sobre essa ordem, ver: PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 94. [tradução da autora: “por causa dos inconvenientes da redução ao formal e ao quantitativo, é raro que os argumentos quase-lógicos possam, por si próprios, dar ensejo à convicção: eles deverão ser completados pelos argumentos baseados na estrutura do real”].

¹²² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 93.

juízos admitidos e outros tantos que se procura promover¹²³. Consoante aduz CHAÏM PERELMAN, as estruturas invocadas, de regra, são de uma outra natureza. A maior parte dos argumentos fundados na estrutura do real se referem às ligações de sucessão (unem o fenômeno a suas conseqüências ou as suas causas) ou de coexistência (unem as pessoas aos seus respectivos atos)¹²⁴. Ambos se dividem em outros subtipos.

Os argumentos que *fundam a estrutura do real* são estruturados, basicamente, pelo recurso ao caso particular. Este pode representar diferentes papéis: de exemplo (através do qual permitirá uma generalização – nas ciências será formulada uma lei geral; no Direito, a invocação de um precedente significa considerá-lo um exemplo que dá origem a uma nova regra), de ilustração (sustentação – garantia, e não fundamentação - de uma regularidade já estabelecida; por exemplo, uma determinada regra jurídica será vista como ilustração de um princípio geral conforme torna claro tal princípio, o qual, entretanto, não deve sua existência à regra) e de modelo (incentivo à imitação, dá ensejo a uma ação que será inspirada nele)¹²⁵.

Sobre essa classificação dos argumentos, MANUEL ATIENZA e ROBERT ALEXY tecem algumas considerações críticas, a saber.

MANUEL ATIENZA, de forma incisiva, afirma que tal classificação dos argumentos “está longe de ser clara e inclusive útil”¹²⁶. Embora o próprio CHAÏM PERELMAN tenha admitido várias vezes que a classificação era arbitrária, MANUEL ATIENZA entende que se tal arbitrariedade significa uma total ausência de certeza no momento de se classificarem os argumentos é porque, de fato, a utilidade dessa classificação é bastante contestável.

¹²³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 353. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 297].

¹²⁴ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 95.

¹²⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 100.

¹²⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 111.

Além disso, MANUEL ATIENZA aduz não ficar claro qual o critério foi utilizado por CHAÏM PERELMAN para estabelecer a classificação dos argumentos. Aliás, afirma mesmo não ter segurança na distinção entre os argumentos fundados na estrutura do real e os argumentos que fundam a estrutura do real. Conclui suas observações nos seguintes termos:

“como consequência de tudo isso, um dos grandes esforços empreendidos por Perelman, o da análise das diversas técnicas argumentativas, perde em grande parte seu valor, pois a análise da estrutura de cada argumento não pode ser considerada satisfatória quando não está claro qual é a moldura em que ela se insere e, portanto, como se relacionam entre si as diversas estruturas”¹²⁷.

ROBERT ALEXY, sempre mais ameno em suas críticas, aponta também as falhas cometidas pelo Professor de Bruxelas. Uma delas é a recusa inafastável por parte de CHAÏM PERELMAN de utilizar em sua teoria métodos da lógica moderna. Em que pese a argumentação não comportar conclusões precisas, isso não significa necessariamente que todos os instrumentos analíticos devem ser afastados. Tanto o é que toda análise de um argumento começa sempre pelo exame de sua estrutura lógica, a fim de se ter uma exata dimensão de tudo o que se passa diante dele. Apesar disso, no entanto, reconhece a teoria de CHAÏM PERELMAN porque “contém muitas visões interessantes”¹²⁸.

1.4. A correlação dos argumentos: ligação, interação e dissociação

Até o presente momento, falou-se sempre nas formas de ligações argumentativas, através das quais certos elementos, que a princípio eram independentes, acabam se tornando um conjunto, agrupando-se de forma solidária com vistas à formação de um grupo coeso de argumentos que objetivam a adesão do auditório. Vale dizer, os elementos isolados formarão sempre um *todo* e tais

¹²⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito...**, p. 112.

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica...**, p. 138.

elementos, por isso, estarão em constante *interação*, em diversos planos: “*interaction entre divers arguments énoncés, interaction entre ceux-ci et l’ensemble de la situation argumentative, entre ceux-ci et leur conclusion, et enfin interaction entre les arguments contenus dans le discours et ceux qui ont ce dernier pour objet*”¹²⁹.

Na argumentação, é necessário lembrar, o orador precisa sempre assegurar que as premissas sejam aceitas pelo auditório. É preciso reforçar, se possível, a presença¹³⁰ dos argumentos no espírito dos ouvintes, precisar seu senso e sua amplitude e escolher os argumentos a favor da tese que se vai defender. Como nenhum argumento é vinculante, mas cada um deles, de alguma forma, contribui para reforçar a argumentação dentro do conjunto, é possível dizer, então, segundo CHAÏM PERELMAN, que a eficácia do discurso se dá em função do número de argumentos¹³¹.

Dessa forma, o orador deverá obrigatoriamente (se quiser ter sucesso) levar em conta toda a estrutura da interação dos argumentos, que vai começar, sempre, pela escolha dos raciocínios que irá utilizar. Após, vai lançar mão desses argumentos através de vários instrumentos – consoante se expôs anteriormente quando se falou do acordo. Mas, além disso tudo, vai o orador valer-se de um outro instrumento, qual seja, *a força dos argumentos*.

O próprio CHAÏM PERELMAN assume tratar de uma noção confusa essa de força dos argumentos. Todavia, aduz estar, por certo, vinculada à intensidade da adesão do auditório às premissas e também à relevância dos argumentos utilizados no discurso. Essa força será medida, então, não somente pela dificuldade de se refutar o argumento, mas, da mesma forma, por suas próprias qualidades e variará conforme

¹²⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 610. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 523: “interação entre diversos argumentos enunciados, interação entre estes e o conjunto da situação argumentativa, entre estes e a sua conclusão e, enfim, interação entre os argumentos contidos no discurso e aqueles que têm este último por objeto”].

¹³⁰ Sobre a definição de presença, ver explicação da p. 46.

¹³¹ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 153.

os auditórios e conforme o objetivo de cada argumentação¹³². Nas palavras do Professor de Bruxelas:

*“le principe majeur, en cette matière, reste toujours l’adaptation à l’auditoire, aux thèses qu’il admet, en tenant compte de l’intensité de cette adhésion. Il ne suffit pas de choisir des prémisses sur lesquelles s’appuyer: il faut prendre garde, puisque la force de l’argument tient en grande partie à sa résistance possible aux objections, à tout ce qu’admet l’auditoire, même à ce dont on n’a aucune intention de faire usage, mais qui pourrait venir s’opposer à l’argumentation”*¹³³.

Assim, a força de um argumento vai depender sempre da adesão do auditório às premissas, da pertinência destas, da ligação de proximidade ou de distância que terão com a tese a ser defendida e também dos questionamentos que poderão ser feitos a elas e a possibilidade de refutação desses questionamentos¹³⁴. E essa mesma força, aduz CHAÏM PERELMAN, pode ser utilizada pelo orador também como elemento argumentativo. De qualquer forma, a força dos argumentos pode ser vista sob dois aspectos: um argumento será forte quando eficaz, ou seja, quando determinar a adesão dos ouvintes; ou então um argumento será forte quando válido, isto é, quando deveria determinar a adesão¹³⁵.

A força do argumento, ainda, pode ser aumentada ou diminuída conforme o interesse do orador:

“on diminue ou l’on augmente la force de certains arguments ou de certains jugements en les plaçant dans le contexte fourni par la personne de l’orateur. L’éloge de l’adversaire, de son talent d’orateur, de son prestige, de son habileté, tend à diminuer d’autant la force propre de ses arguments: on insinue que son discours,

¹³² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 611-612. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado...*, p. 524].

¹³³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 612. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 525: “o princípio capital, nessa matéria, continua a ser a adaptação ao auditório, às teses por ele admitidas, levando em conta a intensidade dessa adesão. Não basta escolher premissas nas quais se apoiar; cumpre prestar atenção, uma vez que a força do argumento se deve em grande parte à sua possível resistência às objeções, a tudo quanto o auditório admite, mesmo ao que não se tem nenhuma intenção de usar, mas que poderia vir opor-se à argumentação”].

¹³⁴ PERELMAN, Chaïm. *L’empire rhétorique...*, p. 155.

¹³⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 104.

apparemment efficace, ne présente pas une argumentation valable pour un auditoire plus critique et moins impressionnable. De même l'éloge ou le blâme sera affaibli ou renforcé par une référence à la sévérité ou à l'indulgence habituelle de celui qui l'a prononcé"¹³⁶.

Para CHAÏM PERELMAN, uma das mais importantes formas de interação dos argumentos é, sem dúvida, a *convergência*, que poderá ocorrer de duas formas: há a chamada convergência por *fortalecimento aditivo*, que vai ocorrer quando argumentos diferentes e independentes levam ao mesmo resultado, e também a convergência por *fortalecimento regressivo*, quando as premissas de uma argumentação são estabelecidas por meio de novos argumentos.

Em contrapartida, nem sempre haverá a interação dos argumentos. Em alguns momentos, o que se poderá verificar é exatamente o oposto: a *dissociação* dos raciocínios. Os argumentos se apresentam, assim, ora sob forma de uma ligação, que permite transferir para a conclusão a adesão às premissas, ora sob forma de uma dissociação, que visa a separar os elementos, que pela linguagem ou por uma tradição reconhecida, foram antes ligados uns aos outros¹³⁷.

Destarte, pode-se concluir que a dissociação também é uma técnica argumentativa para o autor, especialmente quando afirma que

*“la technique de rupture de liaison consiste donc à affirmer que sont indûment associés des éléments qui devraient rester séparés et indépendants. Par contre, la dissociation présuppose l'unité primitive des éléments confondus au sein d'une même conception, désignés par une même notion. La dissociation des notions détermine un remaniement plus ou moins profond des données conceptuelles qui servent de fondement à l'argumentation: il ne s'agit plus, dans ce cas, de rompre les fils Qui rattachent des éléments isolés, mais de modifier la structure même de ceux-ci”*¹³⁸.

¹³⁶ PERELMAN, Chaïm. *L'empire rhétorique...*, p. 155-156. [tradução da autora: “diminui-se ou se aumenta a força de certos argumentos ou de certos julgamentos colocando-os no contexto fornecido pela pessoa do orador. O elogio do adversário, de seu talento de orador, de seu prestígio, de sua habilidade, tende a diminuir do mesmo modo a força própria de seus argumentos: insinua-se que seu discurso, aparentemente eficaz, não apresenta uma argumentação válida para um auditório mais crítico e menos impressionável. Igualmente, o elogio ou a crítica serão enfraquecidos ou reforçados por uma referência à severidade ou à indulgência habitual daquele que os pronunciou”].

¹³⁷ PERELMAN, Chaïm. *L'empire rhétorique...*, p. 64.

¹³⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 550-551. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie.

Em outras palavras, a dissociação não é apenas uma questão de romper os vínculos anteriormente formados entre os argumentos. Na verdade, através da dissociação, os conceitos empregados na argumentação são modificados por conta de novas divisões entre os raciocínios, o que vai criar possibilidades de soluções novas¹³⁹.

Para CHAÏM PERELMAN, a dissociação terá origem sempre no desejo de se pôr fim a uma incompatibilidade, nascida da oposição entre as teses apresentadas. Essa dissociação sempre levará em conta pares filosóficos, tais como justo-injusto, bem-mal, meio-fim, teoria-prática, relativo-absoluto, entre infinitos outros¹⁴⁰. O protótipo de toda dissociação nocional, no entanto, para o Professor de Bruxelas e sua esposa, é aquela que se refere ao binômio aparência-realidade – nestes casos quer se evitar a incompatibilidade entre as aparências que não podem, de forma alguma, serem consideradas expressão da realidade. Eis o exemplo citado pelo Professor:

*“le bâton, plongé partiellement dans l’eau, paraît courbé, quando on le regarde, et droit, quand on le touche, mais en réalité, il ne peut être simultanément courbé et droit. Alors que les apparences peuvent s’opposer, le réel est cohérent: son élaboration aura pour effet de dissocier, parmi les apparences, celles qui sont trompeuses de celles qui correspondent au réel”*¹⁴¹.

Tratado..., p. 467-468: “a técnica de ruptura de ligação consiste, pois, em afirmar que são indevidamente associados elementos que deveriam ficar separados e independentes. Em contrapartida, a dissociação pressupõe a unidade primitiva dos elementos confundidos no seio de uma mesma concepção, designados por uma mesma noção. A dissociação das noções determina um remanejamento mais ou menos profundo dos dados conceituais que servem de fundamento para a argumentação. Já não se trata, nesse caso, de cortar os fios que amarram elementos isolados, mas de modificar a própria estrutura destes”].

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica...**, p. 137.

¹⁴⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito...**, p. 102.

¹⁴¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p. 556. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 472: “o bastão, parcialmente mergulhado na água, parece curvo, quando o olhamos, e reto, quando o tocamos, mas, na *realidade*, ele não pode ser simultaneamente curvo e reto. Enquanto as aparências podem opor-se, o real é coerente: sua elaboração terá como efeito dissociar, entre as aparências, as que são enganosas das que correspondem ao real”].

1.5. Os lugares da argumentação jurídica

Em determinadas sociedades, o exercício da argumentação, em diversos setores, é monopólio de indivíduos ou organismos especialmente habilitados para desenvolver tal tarefa. Muitas vezes referido exercício é submetido a uma autorização ou censura prévia e há também âmbitos em que a argumentação pode ser tida como ilegal, por violar uma lei que protege interesses públicos ou privados. Nestas sociedades, para se poder tomar a palavra, é necessário, em grande parte, possuir uma determinada qualidade, ser membro ou representante de um grupo importante. Além disso, a argumentação também será limitada quanto à sua duração, quanto ao seu objeto, quanto ao momento em que pode ser realizada¹⁴². Vale dizer, nem todo mundo poderá argumentar e quem puder não poderá falar o que quiser, na hora que quiser, como quiser.

Ademais, afirma CHAÏM PERELMAN, para que seja possível o desenvolvimento da argumentação e da retórica há que se ter necessariamente um ambiente de liberdade e democracia, pois exigem necessariamente a possibilidade de diálogo e controvérsia, impensável, ao contrário, num ambiente político autoritário¹⁴³.

A partir dessas considerações, pode-se facilmente compreender qual o lugar por excelência da argumentação jurídica. Ela será, na maioria das vezes, realizada pelos juízes (indivíduo de determinada qualidade, membro de um grupo importante – Poder Judiciário) no desenvolvimento de uma atividade que, sem dúvida, é a expressão máxima da democracia atualmente, verdadeira garantia constitucional, qual seja, a motivação das decisões judiciais.

¹⁴² PERELMAN, Chaïm. **Retóricas...**, p. 305.

¹⁴³ Sobre tais afirmações, ver: PERELMAN, Chaïm. **Retóricas...**, p. 308-309 e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 09.

Na opinião do Professor de Bruxelas, a decisão motivada não passa, em última análise, de uma tentativa de persuasão¹⁴⁴, além de garantia do juiz contra a sua própria mente (ainda que deseje decidir de tal forma, só poderá fazê-lo se conseguir justificar sua conclusão). Entretanto, ressalta que nem sempre a mera descrição das operações da mente do juiz é capaz de bem motivar uma decisão, isto é, uma legitimação ou uma justificação que teria o condão de persuadir as partes, as instâncias superiores e a opinião pública da legitimidade da decisão¹⁴⁵.

Em primeiro lugar, é preciso conhecer o direito - “o conhecimento da regra de direito é uma condição *sine qua non* da administração de uma justiça imparcial: consiste esta na observação da justiça formal, que exige o tratamento igual de situações essencialmente semelhantes, o que explica a importância dos precedentes”¹⁴⁶. Mas só a indicação do texto legal que estava a aplicar não é suficiente (embora tenha sido assim durante muito tempo). A motivação, dirigida também à opinião pública, deverá refletir uma interpretação eqüitativa da lei e uma correta qualificação dos fatos, ainda nos casos em que são verificadas lacunas na legislação. De qualquer maneira, “a própria idéia de motivação, de justificação de uma decisão judiciária, muda de sentido ao mudar de auditório”¹⁴⁷.

O exercício do poder jurisdicional sempre vai pressupor a possibilidade de uma escolha razoável entre as várias soluções propostas ao caso concreto. Tal poder deve ser exercido sempre segundo o seu melhor juízo e não de forma desarrazoada e, por conseqüência, inaceitável pela opinião pública. Existem determinados limites que não podem jamais ser desrespeitados, sob pena de abuso ou desvio de poder.

¹⁴⁴ Sobre a relação entre justificação e argumentação, ver: PERELMAN, Chaïm. *Justice...*, p. 234 e seguintes.

¹⁴⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 560.

¹⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética...*, p. 561.

¹⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética...*, p. 565.

Nos Estados Democráticos, o juiz, em sendo detentor de um poder, deve sempre *prestar contas da maneira como usa esse poder* e isso ocorrerá através, especialmente, da motivação das decisões. O juiz não é mais apenas a boca que pronuncia as palavras da lei. Ele deve sim seguir os mandamentos legais, mas atualmente reconhece-se a possibilidade que tem o magistrado de interpretar o texto legal, realizando determinadas escolhas que se guiam principalmente pela busca de uma solução mais adequada ao caso concreto. Essas escolhas, por certo, envolvem juízos de valor e, para conter a inevitável subjetividade, prevê-se, na solução de casos mais importantes, a decisão por órgãos colegiados, o que, para CHAÏM PERELMAN, contribui para evitar pontos de vista muito afastados da opinião comum¹⁴⁸. “Nessa perspectiva, o papel do juiz, como servidor de um Estado de direito, é contribuir para a aceitação do sistema, mostrando que as decisões que é levado a tomar são não somente legais, mas também aceitáveis, porque razoáveis”¹⁴⁹.

Assim,

“motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às conseqüências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, eqüitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas concernem aos dois aspectos, conciliam as exigências da lei, o espírito do sistema, com a apreciação das conseqüências. A motivação se adaptará ao auditório que se propõe persuadir, a suas exigências em matéria de direito e de justiça, à idéia que ele se forma do papel e dos poderes do juiz no conjunto das instituições nacionais e internacionais. Como essa concepção varia conforme as épocas, os países, a ideologia dominante, não há verdade objetiva a tal respeito, mas unicamente uma tentativa de adaptação a uma dada situação”¹⁵⁰.

O direito, então, dentro de uma perspectiva democrática, é, ao mesmo tempo, ato de autoridade e obra de razão e persuasão: através da motivação, busca uma adesão conforme a razão. Tal realidade será verificada (e por isso a relação necessária com a democracia e com a liberdade) apenas nos países onde se assegura a

¹⁴⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética...*, p. 566.

¹⁴⁹ PERELMAN, Chaïm. *Ética...*, p. 554.

¹⁵⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética...*, p. 570.

independência dos juízes, onde terão mais liberdade para atuar, desde que não desrespeitem a opinião comum. Entretanto, mostra-se impossível fixar definitivamente os limites precisos da atividade judicial. Eles existem, é verdade. Mas, segundo CHAÏM PERELMAN, eles *“ne peuvent être indiquées qu’au moyen de catégories vagues, mais expressives, comme celles du «raisonnable» et du «déraisonnable»¹⁵¹, catégories relatives à l’époque, au milieu, à la situation concrète”¹⁵²*.

1.6. Retórica: argumentação e adesão

Até agora muitas vezes se mencionou a retórica, particularmente dentro das concepções de CHAÏM PERELMAN e de sua Teoria da Argumentação. Entretanto, em nenhum momento procurou se explicar o que é a retórica, quais suas características, sua utilização, enfim, não se definiu em que consiste a retórica em si. Por ser de vital importância para a compreensão de todo o pensamento do Professor de Bruxelas, entende-se viável, neste espaço, realizar tais considerações.

Na definição de NICOLA ABBAGNANO, retórica é a “arte de persuadir com o uso de instrumentos lingüísticos”¹⁵³. Mas não a definição não é tão simples. A retórica é uma forma de manifestação do homem, em que se verificará sempre um orador que, através de um determinado discurso (formulado através de argumentos que não se limita à utilização de recursos lingüísticos), vai procurar a adesão de um certo auditório. Para que a retórica possa se desenvolver, portanto, o ambiente deverá ser o

¹⁵¹ Sobre a definição de razoável e não razoável, ver, por exemplo: PERELMAN, Chaïm. **Le raisonnable et le déraisonnable en droit**. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, v. 23, p. 35-42, 1978 e **Le raisonnable et le déraisonnable en droit: au delà du positivisme juridique**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.

¹⁵² PERELMAN, Chaïm **La motivation des décisions de justice-essai de synthèse**. La motivation des décisions de justice. (org. Chaïm Perelman e Paul Foriers) Bruxelles: Bruylant, 1978, p. 426. [tradução da autora: “não podem ser indicados senão por meio de categorias vagas, mas expressivas, como as de razoável e não razoável, categorias relativas à época, ao meio, à situação concreta”].

¹⁵³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário...**, p. 856.

da *opinião*, em oposição à *verdade*¹⁵⁴ (como ocorre na demonstração, consoante já visto anteriormente)¹⁵⁵: “conforme se pretender que toda verdade se apresenta como a opinião mais defensável ou que a opinião não passa de aparência de verdade, conceder-se-á à retórica e à argumentação um lugar de maior ou menor importância”¹⁵⁶.

Neste passo, e para confirmar a assertiva acima descrita, convém analisar, ainda que rapidamente, a evolução histórica da retórica, desde a sua criação até os dias atuais.

A retórica foi idealizada pela primeira vez pelos sofistas, em especial GÓRGIAS. Para os sofistas, o objetivo da retórica era exclusivamente persuadir, através do discurso, os juízes, os conselheiros, os membros da assembléia, enfim, qualquer reunião pública. O orador, então, seria mais hábil quanto maior fosse a sua capacidade de falar para um grupo de pessoas sobre qualquer assunto e de persuadi-las. PLATÃO, discordando dessa visão, preferiu dar à retórica um caráter mais pedagógico, afirmando que seria a arte de orientar a alma por meio de raciocínios, dirigida não apenas aos tribunais e às assembléias populares, mas também para o âmbito particular. Foi apenas com ARISTÓTELES (e em ARISTÓTELES é que CHAÏM PERELMAN vai buscar os fundamentos da sua nova retórica), no entanto, que se determinou uma função específica da retórica, considerando-a em estreita

¹⁵⁴ “*Seule l’évidence fournirait la garantie suffisante aux affirmations d’une science que l’on oppose, tout aussi traditionnellement, aux opinions, variées et fluctuantes, qui s’entrechoquent dans les controverses interminables et stériles, qu’aucune preuve reconnue ne permet de trancher. Alors que, quand il s’agit de science il faut s’incliner devant l’évidence, quand il s’agit d’opinion on ne pourrait que souscrire aux paroles du fabuliste et constater que ‘la raison est plus fort et toujours la meilleure’*”. PERELMAN, Chaïm. *Justice...*, p. 140. [tradução da autora: “somente a evidência forneceria a garantia suficiente às afirmações de uma ciência, que se opõem total e tradicionalmente às opiniões, variáveis e flutuantes que chocam umas contra as outras nas intermináveis e estéreis controvérsias que nenhuma prova reconhece ou permite que se resolva definitivamente. Ao contrário, quando se trata de ciência é necessário se inclinar ante a evidência, quando se trata de oposição não se poderia fazer outra coisa senão subscrever às palavras do fabulista e constatar que a razão do mais forte é sempre a melhor”].

¹⁵⁵ Além das considerações anteriormente feitas, sobre opinião e verdade ver também: PERELMAN, Chaïm. *Justice...*, p. 196 e seguintes.

¹⁵⁶ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas...*, p. 307-308.

ligação com a dialética, como se fosse o contrário desta. Para ARISTÓTELES, a retórica é “a faculdade de considerar, em qualquer caso, os meios de persuasão disponíveis”¹⁵⁷ e isso não se limita a uma determinada esfera de competência, senão que se destina a todos os meios de persuasão que têm como referência todos os tipos de objeto possíveis¹⁵⁸.

Então, enquanto ARISTÓTELES e seus sucessores adotaram uma posição pró-retórica, os estóicos, seguidos pelos neoplatônicos e pensadores cristãos, viam na retórica apenas uma técnica de exposição. O discurso, cada vez mais, deveria agradar ao invés de convencer. É nesse momento que a retórica deixa de ser uma técnica filosófica para se tornar apenas um procedimento literário, função esta que lhe será atribuída durante toda a Idade Média.

À época do Renascimento, houve uma reviravolta. O humanismo ressalta a importância da retórica e a torna o centro do pensamento humanista, considerando-a como a técnica humana que unia o pensamento à razão. Essa retomada da retórica vai ser suprimida pelo culto à evidência (primeiro religiosa e depois cartesiana) dos séculos XVI e XVII, que vai culminar com o positivismo do século XIX, quando se caracteriza o declínio mais acentuado da referida técnica de argumentação – durante todo esse período de declínio, a retórica é resignada ao estudo dos procedimentos de estilo.

É somente com a influência do pragmatismo e da filosofia dos valores, ressalta CHAÏM PERELMAN, e em virtude do crescente espaço assumido pela filosofia da linguagem no pensamento contemporâneo que se dá novamente importância aos estudos sobre a retórica, agora como técnica de argumentação, persuasão e apresentação, especialmente no início do século XX¹⁵⁹. De fato, assim, parece não ter como negar que há sim uma inseparável relação entre a evolução da

¹⁵⁷ *Apud* ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário...**, p. 856.

¹⁵⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário...**, p. 856.

¹⁵⁹ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas...**, p. 308.

retórica e as condições sociais e históricas de um determinado período: “o nascimento de um regime de liberdade e de democracia favoreceria o progresso da retórica e sua importância filosófica, enquanto a constituição de um Estado autoritário acarretaria o seu declínio”¹⁶⁰.

Atualmente, a retórica pode ser compreendida em dois sentidos: a chamada retórica das figuras, que tem por objeto o estudo da produção literária, e a chamada retórica dos conflitos, que tem por objeto o estudo dos meios discursivos voltados para a adesão do auditório. Essas duas interpretações são chamadas hoje de nova retórica e são representadas, respectivamente, por PAUL RICOEUR e CHAÏM PERELMAN.

Conforme dito outrora, a teoria perelmaniana se ocupa, essencialmente, das técnicas discursivas que visam à adesão de um auditório e exclui de seu objeto o estudo da arte oratória e das técnicas literárias. Preocupa-se apenas com a argumentação racional que tem por finalidade última a adesão. Exclui-se, portanto, qualquer espécie de intimidação ou estratégia física ou moral, utilizadas isoladamente ou em conjunto com os argumentos. Para CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO, o pensamento de CHAÏM PERELMAN assumiu, em verdade, uma posição inovadora, na medida em que se preocupou em estabelecer um campo próprio de estudos para os raciocínios não-formais e seus mecanismos, objetivando, sobretudo, a possibilidade de sua aplicação em contextos bastante polêmicos¹⁶¹.

Esta ruptura provocada por CHAÏM PERELMAN é chamada por ROBERT LEGROS de “*le ‘saut périlleux’ de Chaïm Perelman*”, uma vez que abandonou a razão demonstrativa, todas as suas incoerências, em busca do reconhecimento de uma razão não-demonstrativa, argumentativa. Esse rompimento, de

¹⁶⁰ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas...**, p. 309.

¹⁶¹ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 44.

fato, foi interpretado pelo Professor de Bruxelas como uma ruptura com os modernos e uma reabilitação da retórica como um certo retorno à Antigüidade¹⁶².

De maneira interessante, para finalizar, CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO enumera as principais diferenças que podem ser verificadas entre a retórica clássica de ARISTÓTELES e a nova retórica de CHAÏM PERELMAN:

“a) as preocupações de Perelman são concernentes ao estudo lógico dos mecanismos do pensamento e não da eloquência ou oratória. A oratória ou as técnicas de debate são objetos de outras disciplinas; b) o objeto da Nova Retórica é o estudo das estruturas da argumentação em si mesma e não o estudo do condicionamento de um auditório pelo discurso; c) Perelman privilegia a apreciação de textos escritos, em detrimento do discurso oral feito diante de uma multidão reunida em praça pública, como no entendimento da arte retórica grega; d) na compreensão de Perelman, a argumentação se dirige não só a determinados auditórios, como na Retórica grega, mas, também, a um auditório universal”¹⁶³.

¹⁶² LEGROS, Robert. **Le “saut périlleux” de Chaïm Perelman**. Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, Centre de Publications de l’Université de Caen, n. 20, mai 1991, p. 153-154.

¹⁶³ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação...**, p. 46-47.

II. As decisões judiciais penais: da argumentação à fundamentação

2.1. Evolução histórica do dever de motivar as decisões (garantia política e constitucional)

2.1.1. Breve histórico

O objetivo, neste instante, é apresentar um breve histórico *cronológico* da exigência de fundamentação. Ressalte-se, aqui, que se fala em um relato cronológico porque absolutamente inviável neste trabalho realizar um estudo profundo sobre a historiografia do dever de motivar, a partir de diversos pontos de vista, analisando todos os jogos de poder envolvidos, enfim, um estudo baseado em uma arqueologia jurídica, em oposição à chamada historiografia tradicional, linear, contínua, progressista, anacrônica, narrativa e infértil. O que se pretende é apenas apresentar algumas datas de relevo para o tema, somente para estabelecer uma idéia de temporalidade¹⁶⁴.

A primeira vez que se falou na motivação das decisões foi no direito canônico, por volta do ano de 1200, com o Papa Inocêncio III, na decretal *Sicut nobis*. Neste texto, assegurava-se a validade da sentença não motivada – apenas o fato de ser exarada pela autoridade judiciária lhe dava a devida validade. Tempos após, passou a ser normativamente previsto o dever de fundamentar as decisões, ainda no direito

¹⁶⁴ Para uma leitura sobre a historiografia tracional, ver: FONSECA, Ricardo Marcelo. **A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault**. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 17, p. 570-585, julho/setembro 2000.

canônico, com Inocêncio IV – referia-se à obrigação de se redigir por escrito e motivar a sentença de excomunhão, sob pena de se punir o juiz que não o fizesse¹⁶⁵.

Na Idade Média, a partir do século XIII (especialmente após o IV Concílio de Latrão) começam a surgir nos registros das sentenças as primeiras referências aos motivos. Todavia, ainda aqui a exposição dos motivos não tinha por finalidade o esclarecimento das partes e tampouco o esclarecimento da opinião pública. Destinava-se precipuamente à construção de um sistema jurídico dotado de alguma certeza e proporcionava a formação de uma série de precedentes. Tal prática, no entanto, não vigorou por muito tempo.

Na sequência, sobrevêm os regimes absolutistas. Os reis acumulavam a função legislativa e judiciária e exerciam o seu poder porque essa era a vontade de Deus. Não havia o dever de motivar. Vale ressaltar, no entanto, que esta não foi uma regra seguida por todas as monarquias européias. Ainda que de forma tímida, alguns textos legais continham disposições sobre a motivação. É o caso, por exemplo, da Itália (Rota Florentina e Rota Romana), Portugal, Catalunha e Aragão. Nestes primeiros textos, afirma ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, a obrigação de fundamentar as decisões está intimamente relacionada com a disciplina das impugnações e, no plano político, significa uma cada vez maior centralização do poder jurisdicional, dominado pelo monarca – a justiça é administrada pelo rei ou em seu nome. Assim, passava-se da anterior responsabilidade profissional do juiz à responsabilidade chamada de disciplinar, quando então a motivação das decisões nada mais era do que instrumento de controle burocrático da atuação dos juízes.

Mas são nos estados de despotismo esclarecido, influenciados pela ideologia iluminista, que o dever de motivar começa a ganhar sua feição atual, no sentido de que também se transforma em instrumento destinado às partes (e não é

¹⁶⁵ Sobre toda essa parte histórica, por todos, ver: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51 e seguintes.

apenas instrumento de controle da atividade judicial). Esta fase é representada essencialmente pelo *Codex Fridericianus Marchicus*, de 1748, da Prússia, em que se encontravam disposições detalhadas sobre como deviam os juízes se comportar no momento das decisões, e também pela *Prammatica*, de 1774, de Nápoles, na qual se previa a obrigação de motivar e a publicidade de tal fundamentação, tendo representado uma verdadeira superação de referido dever apenas como garantia endoprocessual.

A partir da Revolução Francesa, da sua legislação, o dever de motivar adquire seus contornos mais definidos. É a partir daqui que se começa a se pensar num controle da sociedade sobre o exercício do poder jurisdicional, que não é pessoal, mas sim constitui uma delegação da própria sociedade. Havia o desejo da certeza do direito e da supremacia da lei. Com a lei de organização judiciária de 16-24 de agosto de 1790 a motivação vem disposta, pela primeira vez na história, “com características de um discurso justificativo da decisão judicial”¹⁶⁶. Mais especificamente, em seu art. 15 estava previsto que todos os julgamentos civis e criminais deveriam conter quatro partes: a) o nome e a qualificação das partes; b) a exposição das questões de fato e de direito apresentadas pelas partes; c) o resultado dos fatos reconhecidos ou constatados na instrução e os motivos da decisão do juiz; d) dispositivo. Pela primeira vez aparece expressamente a palavra motivos no texto legal.

A consolidação da regra da motivação ocorre em 1795, com a Constituição Francesa do ano III, cujo artigo 208 assim previa: “*les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée*”. Agora, com *status* de regra constitucional, vê-se a feição política do dever de motivar, da obrigação de ver justificada a decisão perante toda a sociedade. Esse significado político tem conteúdo bem definido: consistia em uma maneira de se assegurar a divisão dos poderes, sendo a jurisdição como atividade lógica e juridicamente secundária em relação à legislação. Há que se ressaltar, entretanto, que apenas se previa a fundamentação de direito das

decisões, nada se falando, ainda, sobre a motivação fática. O reconhecimento do mencionado dever teve imediata repercussão em diversos ordenamentos jurídicos.

No início do século XIX, porém, pode-se notar um certo refluxo com relação à obrigação da motivação. Ela volta a ser apenas previsão infraconstitucional, com finalidade essencialmente endoprocessual. Já no século XX, sobretudo no pós-guerra, iniciando-se com a Constituição Italiana de 1948, há o renascimento da importância da motivação das decisões. No referido texto constitucional, consagra-se e se assegura a possibilidade de um controle democrático sobre a administração da justiça italiana, isto é, um controle realizado pelo próprio povo, em nome de quem as decisões são exaradas. A garantia vem exposta, em seguida, de maneira explícita ou não, em várias Constituições: Constituição Alemã de 1949, Constituição Espanhola de 1978, Constituição Portuguesa de 1976, alterada pela reforma de 1982, entre outras.

Nos países em que se adota o *common law*, não só não existe legislação que exija a observância do dever de motivar, como também a fundamentação é entendida como faculdade do julgador. Em que pese tais assertivas, o que se constata na prática é que todas as decisões são suficientemente justificadas – as argumentações são sempre extensas e exaustivas -, principalmente, talvez, porque em não existindo um ordenamento escrito, é mister que se tome bastante cuidado com a construção jurisprudencial, que se transformará em precedente. E aqui, mais uma vez, ressalte-se a evolução do *common law* americano com relação aos países do *civil law*.

E no Brasil, como ocorreu a evolução do dever de motivar no âmbito do processo penal? Segundo demonstra ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, desde o “descobrimento” adota-se no país a obrigação da fundamentação das decisões, em graus distintos, por certo. As Ordenações Afonsinas e Manuelinas¹⁶⁷ já previam,

¹⁶⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.63.

¹⁶⁷ “Mandamos, que daqui por diante todos os Nossos Desembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juizes de Fora, posto que cada hum dos sobreditos Letrados nom sejam, e quaesquer outros Julgadores, que Letrados forem, que as sentenças definitivas poserem,

timidamente, o dever de motivar. No Código de Processo Criminal de 1832, nenhuma referência era feita ao dever de motivação, o que era compreensível ante a previsão do julgamento pelo Tribunal do Júri, baseado na convicção íntima¹⁶⁸. A Lei 261 de 03/12/1841 (posteriormente complementada pelo Regulamento 120 de 31/01/1842), que reformou o Código de Processo Criminal, também nada mencionava sobre o dever de motivar, uma vez que se manteve o júri de sentença para a solução dos casos (aboliu-se apenas o júri de acusação)¹⁶⁹. A Lei 2.033 de 20/09/1871 alterou alguns dispositivos sobre a legislação judiciária, acabando por retirar da polícia as funções jurisdicionais a ela concedidas no Código de 1841, mantendo, no entanto, a supressão do juízo de acusação. Criou-se o inquérito policial (Regulamento 4.824, de 22/11/1871). Absoluto silêncio sobre a fundamentação das decisões. Finalmente, sobreveio o Código de Processo Penal atual, editado em plena ditadura Vargas, o qual, porém, prevê expressamente o dever de motivar as decisões como requisito essencial da sentença, em seu art. 381¹⁷⁰.

Entretanto, o dever de motivação vai ganhar *status* de garantia¹⁷¹ constitucional apenas com a Constituição de 1988, em seu art. 93, IX, que conta com a seguinte redação: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes

declarem em suas sentenças (assi na primeira instancia como na causa d'appellaçam, ou agravo, ou na causa de revista) a causa, ou causas, per que se fundam a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar, dizendo especificamente o que he, que se prova, e por que causas do feito se fundam a darem as suas sentenças”.

¹⁶⁸ O Código de Instrução Criminal de Primeira Instância, de 1832, foi totalmente inspirado no Código francês de 1791 (Décret 16-29). Era marcado pelo pensamento liberal preponderante na época. A estrutura era judiciária. Os juízes eram eleitos pelo povo. Havia o júri de acusação, dirigido pelo juiz de direito e o júri de sentença, através do qual o acusado era julgado. Perseguia-se a humanização do processo. Como não correspondia à realidade brasileira, tal código não vigorou por muito tempo, tendo sido reprimido com a reforma de 1841.

¹⁶⁹ Esta reforma introduziu de fato o sistema misto no direito brasileiro; era autoritário e centralista.

¹⁷⁰ “Art. 381. A sentença conterá: III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;..”

¹⁷¹ Trata-se de verdadeira garantia porque objetiva, em última análise, assegurar direitos, tais como o direito de defesa, o direito de ação, a dignidade humana, entre outros.

e a seus advogados, ou somente a estes”¹⁷². Mas mesmo antes, apenas com a lei processual penal, a ausência de motivação já dava ensejo à nulidade absoluta da decisão¹⁷³.

Aqui, devem se ressaltar duas características fundamentais da garantia: ela se dirige a *todas as decisões*, vale dizer, a todas as decisões judiciais dotadas de conteúdo decisório (excluídos, portanto, apenas os despachos de mero expediente), e a sua inobservância gera, como ressalta o próprio texto legal, a nulidade da decisão – inobservância esta entendida não só como ausência de motivação, mas também, em alguns casos, a sua insuficiência.

2.1.2. A motivação como garantia política

Como garantia política, o dever de motivação das decisões está intrinsecamente ligado à idéia de um “controle democrático difuso”¹⁷⁴, isto é, está ligado completamente à noção de limitação do poder estatal ante a opinião pública. E, se isso é verdade, então a obrigação da fundamentação das decisões necessariamente terá mais força quando “imposta” numa sociedade democrática, num Estado de Direito Democrático.

MARIA THEREZA GONÇALVES PERO, de forma bastante interessante, inicia a abordagem deste tema – o aspecto *extraprocessual* da garantia constitucional – invocando os ensinamentos de HANNAH ARENDT no que se refere

¹⁷² Vale ressaltar, a título de curiosidade, a primeira redação do dispositivo, apresentada no primeiro substitutivo da Comissão de Sistematização: “nenhum órgão do Poder Judiciário pode realizar sessões ou julgamentos não fundamentados ou secretos. Se o interesse público o exigir, a lei poderá limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”.

¹⁷³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 265.

¹⁷⁴ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 62.

ao controle exercido pelo povo sobre seus governantes em um governo representativo, para demonstrar que o apoio do povo é o que dá poder às instituições em um determinado país e esse apoio nada mais se caracteriza do que um prolongamento do consentimento inicial desse mesmo grupo de pessoas, que deu origem às leis (a que vão obedecer mais tarde). Para a Professora paulista, de fato,

“se todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, então é natural que o povo possa acompanhar as decisões do Poder Judiciário, e constatar a idoneidade de sua atuação para atender aos postulados do Estado de Direito, fazendo com que permaneça o seu *consentimento* a essa instituição. A correção com que é atuada a tutela jurisdicional, sob esse aspecto, deixa de interessar imediatamente apenas às partes interessadas no processo, para constituir, mediatamente, um interesse de toda uma coletividade”¹⁷⁵.

Em outras palavras, nos Estados de Direito os poderes públicos são todos exercidos conforme um padrão de legitimação racional e objetiva, que acaba por transferir ao exame da comunidade o que se chama de controle democrático difuso do poder, conferido aos representantes do povo, pelo próprio povo¹⁷⁶. Então, nessas circunstâncias, o poder não está apenas submetido às leis, mas também “são orientados por procedimentos que satisfaçam as exigências de uma *correção argumentativa*”¹⁷⁷. Como o que se busca, em última análise, é a *adesão* da sociedade, através da idéia de *consenso* (que vai propiciar a disposição a obedecer e também a crença de dever obedecer), o que se percebe, pela exaltação da opinião pública, é uma maior exigência, nas sociedades democráticas, de exposição dos fundamentos dos atos de poder em geral, não só os atos do poder jurisdicional. A opinião pública, “expressão visível da *vontade popular*, constitui ela o verdadeiro ponto de referência para a atuação dos políticos e governantes, sendo por isso permanentemente aferida, ao mesmo tempo em que se busca influenciá-la pelos meios de comunicação”¹⁷⁸.

¹⁷⁵ PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação...*, p. 63.

¹⁷⁶ “O controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia e, além disso, será a garantia de eliminação das ações e omissões que, ocultadas ou protegidas pelo pretexto da preservação da independência, impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 75.

¹⁷⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 76.

¹⁷⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 77.

Essa noção de necessidade de justificação dos atos de poder aplica-se, segundo ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, aos atos legislativos (que contam, em certa medida, com uma chamada legitimação primária), administrativos (ante o direito de informação que tem o cidadão com relação à Administração Pública) e sobretudo aos atos jurisdicionais (todos os atos jurisdicionais dotados de conteúdo decisório, não apenas as sentenças). Isso porque, enquanto os parlamentares são eleitos pelo voto popular e os funcionários da Administração têm seus atos controlados, em última instância, pelo chefe do Poder Executivo (eleito pelo sufrágio popular), a legitimação dos membros do Poder Judiciário só se pode dar pela maneira como exercem sua função, pois, no Brasil, não são eleitos ou controlados por aqueles que foram eleitos. Para isso, os juízes, então, devem sempre agir motivada e publicamente, como que prestando contas¹⁷⁹ à sociedade (compreendidos neste conceito as partes, os advogados, os juízes superiores e a opinião pública) de todos os seus atos¹⁸⁰.

Sobre essa função política do dever de motivar, assim se manifesta GIOVANNI LEONE:

“la motivación de la sentencia constituye el momento de mayor compromiso del magisterio penal; ya que ella está destinada, no sólo a manifestar el procedimiento lógico seguido por el juez al adoptar una decisión, sino también a demostrar a la sociedad el fundamento de la decisión. La expresión antigua de ‘convicto de delito’ valía para caracterizar la función de la motivación – cuya obligatoriedad fue por primera vez introducida mediante la pragmática del 27 setiembre de 1774, de Fernando de Borbón (la cual establecía también que las motivaciones de las sentencias fuesen impresas, ‘a fin de quitar a la malignidad o al fraude cualquier pretexto, y asegurar, en la opinión del público, la exactitud y la religiosidad de los magistrados’) – de estar destinada a convencer a la sociedad de la decisión pronunciada. En este su destino a exteriorizar las razones que han inducido al juez a la decisión, debe individualizarse la alta función de la motivación, a la cual no puede

¹⁷⁹ Nestes termos se manifesta CHAÏM PERELMAN: *“détenteur d’un pouvoir, dans un régime démocratique, le juge doit rendre compte de la manière dont il en use par la motivation”*. PERELMAN, Chaïm **La motivation des décisions...**, p. 422. [tradução da autora: “detentor de um poder, em um regime democrático, o juiz deve prestar contas da maneira pela qual o utiliza, através da motivação”].

¹⁸⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 79-80.

renunciar una sociedad civilmente organizada. Por eso la Constitución há impuesto la obligación de la motivación de las providencias jurisdiccionales”¹⁸¹.

Porém, tal “prestação de contas” não deve, em absoluto, ser confundida com a submissão dos juízes a pressões da população, no sentido de que a sociedade queira que seja tomada uma determinada decisão, em determinados termos, sob pena de se configurar manipulação de resultados e também o comprometimento da independência e imparcialidade¹⁸² do magistrado. O que se conclui, em contrapartida, da análise da prática judiciária é que se retrata bastante comum essa cessão às pressões externas por parte do julgador, seja pela pressão exercida pela população, ela mesma, seja pela pressão que exercem as orientações doutrinária e jurisprudencial, quando o juiz tem, então, temor de enfrentá-las.

Assim é que a competência para julgar um determinado conflito (no processo civil) ou caso penal (no processo penal) pertence somente ao Poder Judiciário, que é autônomo, livre, independente das demais instituições e cujos membros são livres para formar o seu convencimento - o seu livre convencimento. O que poderá ser contestada, e assim deve ser, é apenas a decisão já exarada, momento em que os interessados poderão questionar os motivos (obrigatoriamente expostos) que levaram o juiz a decidir daquela forma. Portanto, o que a motivação deve proporcionar é a comunicação entre o juiz e a opinião pública e a possibilidade de apreciação, por parte da sociedade, da forma como o direito está sendo aplicado no caso concreto¹⁸³.

Desse modo, a exigência da motivação pode ser vista como uma forma de controle popular da administração da justiça. Vale dizer, a sociedade tem, através

¹⁸¹ LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. (trad. Santiago Santís Melendo) Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1993, p. 374.

¹⁸² Aqui, não se está a falar da imparcialidade no sentido clássico e impossível, ligado à neutralidade, mas sim da imparcialidade ligada à independência do juiz e sua subordinação ao *direito* (e não à lei, que pode ser contrária ao direito), relativa ao objeto do processo e às pessoas nele envolvidas, tal como demonstra PLAUTO FARACO DE AZEVEDO em suas obras **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 76 e **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: SAFE, 1983, p. 59 e seguintes.

¹⁸³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 81.

do dever de motivação das decisões, a possibilidade (e não necessariamente a efetividade) de exercer um controle – posterior, é verdade – da decisão judicial, inclusive, e principalmente, talvez, para condicionar o seu conteúdo, no sentido de que a exigência da fundamentação acarreta a necessária apresentação à opinião pública de um discurso racional e dotado de certa coerência por parte do julgador, obrigando-o a ser, no mínimo, razoável. Para NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, “a *motivação* da sentença é o meio prático, que torna possível o controle da sociedade com julgamento sucessivo ao do magistrado. A *motivação* obriga, por um lado, o juiz a basear em argumentos o próprio convencimento e torna, por outro, possível à sociedade controlar tal convencimento”¹⁸⁴.

Ademais, a exigência da motivação serve também à proteção da legalidade (uma vez que o Estado de Direito está necessariamente ligado ao princípio da legalidade), à certeza do direito (ligada também ao princípio da legalidade), à preservação da separação dos poderes (o juiz, na medida do possível, não deve invadir a esfera legislativa), enfim, à proteção dos direitos fundamentais (especialmente ao direito à liberdade e à dignidade humana). “Na verdade, encarada sob esse elevado aspecto político, a motivação dignifica a função jurisdicional, não só por reforçar no espírito do juiz a consciência sobre a fonte maior de sua investidura, tornando-o mais aberto para ter uma visão global do contexto social em que atua, mas igualmente por revelar a aceitação da legitimidade de eventuais críticas ao seu trabalho”¹⁸⁵.

KAZUO WATANABE, invocando os ensinamentos de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, afirma que além da possibilidade do controle processual das decisões judiciais, existe também tal possibilidade no âmbito extraprocessual, que vai tornar

“possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ por parte dos jurisdicionados *in genere*, de modo a permitir a percepção de falhas e defeitos que ameacem

¹⁸⁴ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. (trad. Paolo Capitanio) 2 ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 56.

¹⁸⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 82.

‘potencialmente a todos’, cabendo a cada qual, bem por isso, o direito de ‘ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório’ da submissão de todos, inclusive do Judiciário, ao princípio da justificação necessária no duplo momento (material e formal), de todo ato de intromissão na esfera jurídica das pessoas. A justificativa material está na existência do fundamento e a formal, na exposição, declaração e demonstração do fundamento. Extrai essa colocação da caracterização do Estado de Direito como ‘Estado que se justifica’¹⁸⁶.

Finalmente, a exigência da motivação também é opção política de respeito ao ser humano. Assim aduz ADAUTO SUANNES:

“a menos que a segurança do Estado se sobreponha aos interesses fundamentais da pessoa humana – o que já implica em opção política -, o processo penal somente pode ser considerado, tal qual deve ser nos regimes democráticos, como garantia do acusado. Garantia porque parte da necessidade de o autor (Estado) provar a acusação que faz; garantia porque substitui os processos inquisitoriais e os procedimentos sigilosos pelo processo público, em que o acusado tem até mesmo a garantia de inviolabilidade em relação a seu corpo e sua mente (*habeas corpus*); garantia porque o Estado se comprometeu a designar um técnico, um *peritus ars dicendi ac probandi*, para falar pelo réu (*ad-vocatus*); garantia porque o Estado que acusa não é, por ficção jurídica, o Estado que julga, donde ser ele obrigado a mostrar as razões de seu convencimento”¹⁸⁷.

2.1.3. A motivação como garantia processual

Conforme afirmado, a referida garantia possui também uma função dita processual (para alguns, *endoprocessual*). Isso significa dizer que o dever de fundamentar as decisões, a par de representar a possibilidade do controle popular sobre as atividades judiciais de decisão, também diz respeito à técnica processual, constituindo um dos requisitos formais das decisões, assim determinado pela lei processual (tanto a civil quanto a penal). Ora, é só a partir da análise dos fundamentos elencados na decisão que se poderá, por exemplo, auferir sobre o seu exato conteúdo, tanto para fins de execução da sentença quanto para a determinação da coisa julgada.

¹⁸⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 69.

Na verdade, então, a garantia do dever de motivar, na opinião de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, é um instrumento para fazer valer todas as demais garantias processuais¹⁸⁸. É apenas através da exposição de seus motivos que o juiz torna efetiva a obediência aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade processual e também a constatação de que o processo foi conduzido e o caso penal acertado por um julgador independente e imparcial e todas as questões foram por ele analisadas.

Da mesma forma se exprime ROGÉRIO LAURIA TUCCI, afirmando que é através da motivação que o juiz mostra como apreendeu os fatos e de que forma interpretou a lei que sobre estes mesmos fatos vai recair, proporcionando, assim, com clareza, lógica e precisão, a exata compreensão da maneira com que foram examinadas todas as questões suscitadas no processo e como se chegou a tal conclusão. Por isso, aduz que quatro são as principais funções da motivação como garantia processual:

“a) no plano subjetivo, evidenciar ao órgão jurisdicional monocrático ou coletivo que o profere, e ‘antes mesmo que às partes, a *ratio scripta* que legitima o ato decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição’; b) objetivamente, persuadir as partes, especialmente aquela desfavorecida pelo ato decisório, de que este se ateve à realidade fática e jurídica retratada nos autos do processo, com a correta aplicação da lei aos fatos, devidamente comprovados, de sua perfeita especificação ao caso concreto; c) no campo da hierarquia funcional, no exercício da jurisdição, permitir o controle crítico do decidido, delimitando o conteúdo da vontade de seu prolator, e, consequentemente, dos limites objetivos do julgado, e propiciada ao órgão recursal rigorosa análise, tanto no aspecto formal, como no material, do pronunciamento recorrido; e d) servir, quando correta e justamente proferido o ato decisório, para o aprimoramento da aplicação do direito, e, reflexivamente, para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e da orientação jurisprudencial”¹⁸⁹.

Para explicar melhor, falar-se-á separadamente dos objetivos da garantia processual de fundamentação das decisões. Cabe ressaltar, desde logo, que os temas a serem abordados a seguir são demasiado extensos e ricos, mas para efeitos deste

¹⁸⁷ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 219.

¹⁸⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 96.

¹⁸⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias...**, p. 263-264.

trabalho, apenas se fará uma rápida menção a todos eles, somente para demonstrar a relação existente entre eles e a garantia da motivação das decisões.

O primeiro deles, e talvez o mais importante, no sentido de que é pressuposto para se alcançar os demais, é o fato de que a partir da exigência da motivação se procura assegurar que a decisão represente em seu conteúdo a efetiva apreciação de todas as questões de fato e de direito apresentadas no processo. Para tanto, o juiz deverá conhecer toda a matéria nele reunida (efetiva cognição judicial).

Lembrando os ensinamentos de KAZUO WATANABE, tem-se que a cognição está sempre voltada à produção de um resultado final, que se traduz na prestação jurisdicional completa. A motivação, neste passo, consiste em um discurso destinado a justificar de forma racional o ato motivado. E a motivação, segundo o autor, não pode ser confundida com a mera descrição do processo lógico que seguiu o magistrado para chegar à determinada decisão: a motivação ora exprime mais que a descrição, pois abrange não só os elementos intuitivos, como também os argumentos retóricos, ora exprime menos que a descrição, uma vez que não conterà as hipóteses rejeitadas na formação da decisão. De qualquer maneira, não se confundem¹⁹⁰.

Para ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “a exigência de motivação dos provimentos penais integra e completa todo um sistema de garantias penais e processuais penais cuja rigorosa observância constitui condição de legitimidade da imposição de qualquer medida punitiva no Estado de direito”¹⁹¹.

Em segundo lugar, pode-se dizer que é apenas através da motivação que se pode ver garantida a independência e imparcialidade do juiz, corolários do devido processo legal. Ambas as garantias estão por demais ligadas uma à outra: a

¹⁹⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição...**, p. 65-66.

¹⁹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 98.

independência é pressuposto da imparcialidade e a imparcialidade é manifestação da independência do magistrado no âmbito do processo.

Assim é que a exigência da motivação vai assegurar os limites da independência do juiz, evitando não só a invasão dos Poderes Executivo e Legislativo na esfera judiciária, mas também o arbítrio do próprio Poder Judiciário sobre os demais poderes. Ou seja, a partir da motivação é possível aferir se a decisão foi exarada dentro do âmbito de competência de cada um dos três poderes, evitando-se, assim, qualquer tipo de intromissão.

Da mesma forma, é da análise da fundamentação da decisão que se pode constatar se o magistrado foi imparcial no acerto do caso penal. Vale dizer, somente a partir da motivação da decisão se pode verificar se o juiz se utilizou (na medida do possível) apenas de elementos objetivos para o julgamento do caso e não de elementos puramente subjetivos ou que revelem a cessão do magistrado a pressões externas. Para KAZUO WATANABE, a exigência da motivação é decorrência do princípio do juiz natural, que, por definição, deve ser imparcial¹⁹².

Cabe ressaltar aqui que não se acredita, em absoluto, na imparcialidade como vista pela doutrina tradicional¹⁹³, senão que apenas, e até de forma ingênua, como tentativa do magistrado em dar as mesmas oportunidades às partes durante o processo, muito mais viável, admite-se, no processo civil do que no processo penal, onde a imparcialidade inexiste por completo¹⁹⁴, ante a sua feição essencialmente inquisitória. Em verdade, a imparcialidade “funciona como uma *meta a ser atingida*

¹⁹² WATANABE, Kazuo. **Da cognição...**, p. 67.

¹⁹³ Sobre este tema, ver, por exemplo: PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40 e seguintes.

¹⁹⁴ Sobre o problema da imparcialidade, por todos, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03-55.

pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la”¹⁹⁵.

De qualquer maneira, com a motivação se torna possível avaliar o grau da imparcialidade do juiz, se encontra-se dentro dos limites da normalidade, portanto aceitável, ou se está absolutamente afastado dos limites da razoabilidade. Há que se atentar, entretanto, para o fato de que muitas vezes as verdadeiras razões da decisão são escamoteadas pela utilização de argumentos outros que pretendem legitimar a opção).

Em terceiro lugar, a exigência da motivação das decisões está necessariamente ligada à garantia constitucional do devido processo legal, traduzida no contraditório e na ampla defesa. Através da análise dos fundamentos da decisão, por certo se pode verificar se o magistrado proporcionou às partes a oportunidade de se manifestarem no processo sobre todas as questões que ali surgiram.

O respeito ao dever de motivar representa a última expressão do contraditório, uma vez que implica a obrigação do magistrado de levar em consideração toda a atividade das partes realizada no processo, seja na prolação da decisão final, seja na decisão de uma questão durante o decorrer do processo (por exemplo, o indeferimento da produção de determinada prova). É importante destacar que não interessa a mera participação dos interessados, senão que a relevante participação das partes no processo, na medida em que suas ponderações devem ser, necessariamente, analisadas pelo julgador, que pode aceitá-las ou não, explicando a sua opção.

Além disso, a efetiva apresentação das razões de seu convencimento, e somente ela, é capaz de garantir às partes o seu efetivo conhecimento para que possam, querendo, contestá-las. Aliás, MARIA THEREZA GONÇALVES PERO chega a

¹⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, Ed. da UFPR, a. 30, n. 30, p. 173.

afirmar que a função processual da garantia da motivação “consiste essencialmente em permitir que as partes exercitem o seu direito de recorrer, partindo do conhecimento das razões do julgado, além de ainda facilitar o controle das decisões e a uniformização da jurisprudência pelas instâncias superiores”¹⁹⁶.

Com efeito, não há como se criticar algo que não se conhece. Por isso, para que as partes possam contestar a decisão do magistrado é imprescindível que conheçam as suas razões, que podem, muitas vezes, convencê-las de que a opção feita de fato é a melhor. Demais disso, só a efetiva motivação permite que a decisão possa ser reapreciada completamente quando da interposição de um recurso, tanto para efeitos de modificação quanto para efeitos de confirmação. Em alguns casos, até, o pré-questionamento da matéria é essencial para que se possa interpor o recurso, como nas hipóteses de recurso especial e extraordinário.

Finalmente, impende ressaltar a importância da motivação como garantia da publicidade dos atos processuais. A motivação e a publicidade estão intimamente ligadas numa relação de instrumentalidade recíproca, decorrente da finalidade comum de tornar possível a comunicação entre a atividade processual e o ambiente social. Ora, a publicidade tem sentido ser exercida se a decisão for fundamentada, pois não há que se falar em publicação, como afirma ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, de um *dictum* oracular. Do mesmo modo, de nada adiantaria ser a decisão fundamentada se a ela não fosse dada publicidade para que todos pudessem ter conhecimento da referida motivação. E isso se aplica, inclusive, aos casos de segredo de justiça - para se saber se a hipótese se enquadra em um dos casos de limitação da publicidade, há que se analisar os fundamentos da decisão – e nos casos em que a própria publicidade interna deve ser restringida (ex.: art. 217 do CPP), sob pena de inconstitucionalidade¹⁹⁷.

¹⁹⁶ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação...**, p. 70.

2.2. Estrutura da motivação: motivação de direito e de fato

2.2.1. Estrutura da motivação

Conhecidas as funções de garantia da motivação das decisões, cabe agora analisar a sua estrutura, isto é, como *deve ser* realizada a fundamentação de modo a traçar um verdadeiro modelo de motivação que seja compatível com a exigência constitucional.

Num primeiro momento, é interessante se fazer algumas distinções. Motivação não pode ser confundida com motivo, embora muitas vezes a própria lei faça tal confusão. É bem verdade que tais expressões contam com inúmeros significados na linguagem comum e na linguagem jurídica. Entretanto, para efeitos desta análise, *motivo* (ou fundamento) é todo elemento de caráter objetivo (de fato ou de direito) capaz de ser considerado pelo magistrado na formação de suas decisões. Por outro lado, *fundamentação* (ou motivação) é a “expressão ou explicitação dos motivos de um negócio jurídico ou de um provimento”¹⁹⁸. Também não se deve confundir decisão e motivação¹⁹⁹. A *decisão*, em síntese, consiste na primeira etapa do raciocínio judicial, em que se escolhe (com base em elementos jurídicos – de fato e de direito -, mas também em elementos extrajurídicos – morais, políticos e ideológicos,

¹⁹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 104-105.

¹⁹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 110.

¹⁹⁹ “*Il problema del contenuto della dichiarazione decisoria si riferisce alla distinzione tra deliberazione e ragionamento ossia, secondo il linguaggio consueto, tra disposizione e motivazione (...) Che il decidente debba ragionare prima di deliberare è un conto; che debba comunicare il ragionamento oltre la deliberazione è un altro; tuttavia, di regola, è opportuno che comunichi anche il suo ragionamento, perché, in prima linea, ciò lo obbliga a ragionare; invero, sia pure violando le regole della prudenza e della legge, egli potrebbe decidere anche senza ragionare; tale possibilità gli è tolta se deve comunicare come ha ragionato*”. CARNELUTTI, Francesco. *Principi del processo penale*. Napoli, Morano, 1960, p. 256. [tradução da autora: “o problema do conteúdo da declaração decisória se refere à distinção entre deliberação e raciocínio, ou seja, segundo a linguagem comum, entre disposição e motivação (...) Que o julgador deve raciocinar antes de deliberar é uma coisa; que deve comunicar o raciocínio depois de deliberar é outra coisa; todavia, de regra, é bom que comunique também o seu raciocínio, porque isto o obriga a raciocinar; em verdade,

etc.) uma saída para o caso, entendendo ser ela a melhor. Já a *motivação* configura-se como uma segunda etapa do raciocínio judicial, na qual se procura legitimar, validar, a escolha feita anteriormente (referem-se, assim, ao contexto de descoberta e contexto de justificação, respectivamente, conforme apresentado, por exemplo, por MANUEL ATIENZA²⁰⁰).

A motivação, então, está relacionada com a justificação da decisão: ela é um discurso justificativo da decisão judicial. Ela não só compreende a indicação dos motivos que levaram a tal decisão, mas também, e sobretudo, a explicitação das razões que justificam a escolha realizada. A motivação, enquanto justificação, presta-se a demonstrar a justiça e a racionalidade da decisão.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que há diferentes modelos de racionalidade que podem ser utilizados para justificar uma decisão, dependendo do sistema jurídico-político em que se desenvolve a atividade jurisdicional. Três são os modelos mais conhecidos: o modelo dedutivo, o modelo indutivo e o modelo retórico²⁰¹ (este é o que realmente interessa para o presente estudo).

O modelo dedutivo, como se sabe, é de longe o mais difundido. Ele se baseia na aplicação do chamado *silogismo judicial*. Originado da postura iluminista de que o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei, o silogismo parece ser a forma mais perfeita de se demonstrar logicamente a dedução da decisão a partir das premissas, vez que constitui verdadeira garantia contra o arbítrio do juiz.

seja apenas violando as regras de prudência e da lei, ele poderia decidir até sem raciocinar; tal possibilidade lhe é tolhida se deve comunicar como raciocinou”].

²⁰⁰ Para maiores detalhes, ver ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 50 e seguintes.

²⁰¹ Esta sistematização dos modelos foi retirada dos ensinamentos de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, de acordo com o exposto na obra *A motivação das decisões penais*.

Assim como na lógica formal, o silogismo judicial conta com uma premissa maior, uma premissa menor e uma síntese. A premissa maior é representada pela norma a ser aplicada no caso concreto. A premissa menor, pelos fatos apurados através da prova produzida no processo. A síntese é a decisão do caso. Entretanto, os próprios idealizadores desse modelo admitiram ser demasiado simples para dar conta de todo o procedimento decisório. Isso porque o julgamento, em verdade, realiza-se por vias distintas desta da lógica formal, a começar pela escolha das premissas.

Então, pode-se dizer que a argumentação judicial está muito mais voltada a comprovar o acerto da escolha das premissas do que extrair delas uma conclusão lógica. Neste passo,

“embora não se possa desprezar o valor de garantia em princípio atribuído a esse modelo, concebido em um momento histórico caracterizado pela preocupação de subordinar a atividade judiciária à vontade popular expressa nos textos legais, na verdade a sua função é basicamente ideológica, voltada a transmitir uma imagem de juiz neutro e só submetido à lei, com o que se ocultam, sob uma aparente lógica formal, as reais motivações subjacentes às diversas escolhas valorativas realizadas no curso do procedimento decisório”²⁰².

Exatamente no lado oposto do modelo dedutivo, encontra-se o modelo indutivo. Neste caso, como também no modelo retórico, que se verá adiante, o que se defende é propriamente a negação do valor do silogismo como modelo de racionalidade decisória. O modelo indutivo procura destacar a importância da consideração particular de cada caso concreto, cuja análise levará ao estabelecimento de uma norma geral, isto é, a norma que será aplicada ao caso não é aquela já disposta previamente pelo legislador, senão que a adequadamente estabelecida pelo próprio julgador a partir daquele caso examinado. A vontade do legislador, destarte, é substituída pela criatividade do magistrado.

Segundo ressalta ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, esse modelo encontrou guarida na europa continental com a doutrina da *“libre recherche*

²⁰² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 119.

scientifique”, de FRANÇOIS GENY, no final do século XIX e também no *common law*, levando POUND a conceber a atividade judicial como uma forma de “*social engineering*”. Recentemente, para o Professor paulista, a expressão maior da utilização do modelo indutivo é o Direito Alternativo, cujos representantes defendem, segundo alega, “a inversão da relação entre norma e fato instituída pela subsunção”²⁰³.

Por fim, o terceiro e último modelo é o retórico. Aqui também há a negação do silogismo como modelo de racionalidade da decisão, na medida em que o que realmente importa não é o esquema lógico seguido pelo juiz, mas sim a justificação da opção feita por ele. Verifica-se também que não tem lugar neste modelo a inferência indutiva. O que vai importar, como referido, é que em qualquer situação, em qualquer hipótese, as escolhas realizadas devem, necessariamente, estar justificadas, uma vez que só desta forma será possível o controle da atividade decisória. Daí o papel essencial desempenhado pela retórica – entendida antes como técnica de argumentação racional do que como mera técnica de manipulação - no discurso judicial. Através da retórica, o juiz convence não de qualquer maneira, mas sim justifica sua decisão por meio de argumentos racionalmente válidos e controláveis.

MICHEL MIAILLE, ao analisar a lógica jurídica dentro do sistema do direito (a dos práticos), admite que, em verdade, não se trata efetivamente de um raciocínio jurídico, mas de argumentação:

“no sentido restrito da palavra, não há raciocínio jurídico: há argumentação. Que quer isto dizer? Os juristas apoiam-se não em provas demonstrativas, no sentido científico do termo, mas em argumentos mais ou menos convincentes. Ora, como já acima mostrei, os argumentos dependem no seu valor, e, portanto, na sua eficácia, da sua situação de momento, do lugar, muito mais que da sua definição abstracta. Os princípios invocados, as noções utilizadas, as teorias propostas não têm por si mesmo força suficiente: tudo depende do contexto. Torna-se absolutamente claro que, se dado argumento não foi seguido em dado momento e se lhe preferiu a um outro, isso não ocorreu em consequência de um erro metodológico a maior parte das vezes, e em particular em consequência de uma incorreção na lógica do raciocínio, mas é produto de uma época. Reconduzida a proporções mais correctas a *lógica jurídica como*

²⁰³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 121-122.

*argumentação revela ser a tradução de projectos, de interesses, de práticas contraditórias. Neste sentido, não poderia ser comparada com a dos cientistas*²⁰⁴.

Este sim é o modelo, parece, que deve prevalecer. É o modelo que mais corresponde à realidade atual da atividade judicial. Ele sugere esquemas lógicos de justificação distintos e muito mais completos, conforme as particularidades do procedimento decisório e das suas diferentes fases. Segundo aduz JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, todo o desenvolvimento histórico e ideológico do direito é marcado pela mentalidade silogística, como a maneira de pensar e aplicar o direito que parece mais adequada ao direito dogmático, que decide sempre fazendo referência a uma norma fixada anteriormente de acordo com as regras autoreferentes do próprio sistema. Todavia, a adoção do silogismo demonstrativo é equivocada. Mais correta se apresenta a adoção do silogismo retórico, pois “a estrutura argumentativa expressa pela teoria do entimema²⁰⁵ parece assim mais apta a compreender o direito contemporâneo, revelando, por exemplo, que pilares ‘científicos’ como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz ou a objetividade da lei constituem, no fundo, meras estratégias discursivas”²⁰⁶.

2.2.2. *Motivação de direito*

Para melhor compreender a estrutura da motivação, mister se faz dividi-la em duas “fases” distintas: a motivação de direito e a motivação de fato (imprescindíveis

²⁰⁴ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 196.

²⁰⁵ Etimologicamente, a palavra entimema vem de *enthyméisthai*, que significa considerar, ponderar, refletir. O entimema é o que se chama de silogismo retórico. JOÃO MAURÍCIO ADEODATO define entimema como silogismo retórico por ser formal ou logicamente imperfeito, isto é, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas (ao contrário do silogismo apodítico), mas é pragmaticamente útil “se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou desejável”. ADEODATO, João Maurício. **O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife, n. 9, 1998, p. 139.

²⁰⁶ ADEODATO, João Maurício. **O silogismo retórico (entimema)**..., p. 154.

sempre!²⁰⁷). Ambas são expressamente previstas no texto legal como requisitos da sentença penal²⁰⁸. Segundo FRANCO CORDERO, “*sono due i temi della decisione: ‘da mihi factum, dabo tibi ius’; l’accusa formula ipotesi storiche e giuridiche; bisogna verificarle*”²⁰⁹.

Como visto anteriormente, quando se falou da motivação das decisões como garantia política, nos Estados de Direito democráticos, o respeito ao princípio da legalidade deve estar muito presente. Por isso, pode-se dizer que um dos objetivos da fundamentação é exatamente demonstrar que todo ato estatal, em especial o ato jurisdicional, está de acordo com as regras dispostas em seu ordenamento jurídico. Ademais, a indicação expressa do texto legal tende a evitar a deliberação arbitrária do autor da decisão – tal referência tende a demonstrar que houve um trabalho de conhecimento e reflexão por parte daquele que decide. Neste passo, o direito se configura como um limite à atividade judicial (porém, não no sentido proposto pela visão iluminista, de certeza do direito)²¹⁰.

²⁰⁷ Segundo E. MAGALHÃES NORONHA, “a motivação de fato e de direito é parte indeclinável da sentença. Não se concebe que um juiz julgue sem dar as razões que conduzem à sua decisão. O relativo arbítrio que lhe é concedido jamais poderia ter o vulto de dispensá-lo da fundamentação. Aliás, deve ele ser o primeiro a cuidar dela com carinho, porque, em assim fazendo, afastará de si suspeitas sobre sua justiça, e dará ao Tribunal Superior ocasião de apreciar a razão de seu pronunciamento. (...) A fundamentação abrange matéria jurídica e de fato, pois a conclusão será a aplicação do direito ao caso. Examinará o juiz este em sua amplitude e pormenores juridicamente apreciáveis e considerará o direito aplicável à espécie, sem preocupações de erudição, pois não é esse o momento azado de revelá-la. A motivação é o esteio, é o alicerce da sentença, que, como um prédio, ruirá, se ele não for seguro e firme, por mais bela e vistosa seja sua fachada”. MAGALHÃES NORONHA, E. **Curso de direito processual penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 217.

²⁰⁸ Código de Processo Penal, art. 381: “a sentença conterá:III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão...”. No Código de Processo Civil, disposição semelhante encontra-se nos arts. 131 e 458, II.

²⁰⁹ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1995, p. 839. [tradução da autora: “são dois os temas da decisão: ‘narra-me os fatos e eu lhe darei o direito’; a acusação formula hipóteses históricas e jurídicas; é preciso verificá-las”].

²¹⁰ A propósito da motivação de direito, JERZY WRÓBLEWSKI apresenta uma interessante distinção entre motivação legal mínima (que se refere à justificação exigida pela lei) e motivação legal concreta (justificação dada pelo tribunal no caso concreto, que cumpre o dever imposto pela lei). Para maiores detalhes, ver: WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Motivation de la décision judiciaire**. La motivation de décisions de justice. (org. Chaïm Perelman e Paul Foriers) Bruxelles: Bruylant, 1978, p. 111-135.

Mas a motivação de direito, ao contrário do que se possa pensar, não significa apenas a mera indicação do dispositivo de lei a ser aplicado. Não se trata, em absoluto, de uma simples tarefa de subsunção. A um porque atualmente vigoram diversos estatutos normativos (códigos e infinitas legislações especiais) muitas vezes ambíguos e contraditórios entre si, e a escolha do direito a ser aplicado no caso concreto se tornou deveras mais complicada. A dois porque na atual perspectiva do direito a Constituição é a fonte maior de direitos e obrigações e toda legislação infraconstitucional deve, necessariamente, ser lida à luz do texto constitucional²¹¹. A três porque a aplicação do direito exige que a escolha da regra a ser aplicada e sua interpretação sejam realizadas dentro de um contexto prático.

Dentre as três razões acima enunciadas, a que parece trazer mais problemas é, de fato, esta última: a interpretação do direito. Embora não se possa adequadamente falar na escolha e na interpretação da regra como momentos distintos da atividade judicial (pois a regra a ser escolhida será necessariamente interpretada antes), existe a possibilidade de se diferenciar duas situações: há casos em que a regra será aplicada imediatamente, porque simples e incontroversa, e outros em que a aplicação da regra vai requerer, invariavelmente, uma justificação mais aprofundada.

Em qualquer destas hipóteses, no entanto, o direito deve ser interpretado. E aqui se encontra um dos maiores problemas a ser enfrentados pelos operadores do direito, tema já de infinitas pesquisas e obras e que até hoje representa um grande desafio a ser vencido. Ante a complexidade do tema, para efeitos deste trabalho buscar-se-á apenas traçar um esboço do referido assunto, relacionando-o com o dever de motivar.

Desde logo, é necessário dizer que a interpretação é ideologicamente manipulada (ou manipulável). Sabe-se que a atividade interpretativa não é, de forma alguma, uniforme. Como muito bem assevera NILO BAIROS DE BRUM, “as

²¹¹ Sobre este tema, por todos, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e*

tendências conservadora ou modificadora de um mesmo indivíduo podem alternar-se por motivos subjetivos ou pela natureza do próprio objeto a ser interpretado ou, ainda, pelas circunstâncias em que se dá o ato interpretativo”²¹². E da mesma forma ocorre na atividade judicial de interpretação das leis.

Esta alternância da forma de interpretar vem rigorosamente refletida nos infinitos métodos de interpretação conhecidos ao longo da história²¹³. Até aqui, até onde já se estudou, pode-se concluir que a opção pelo método de interpretação e aplicação da lei é de grande importância para o desfecho do processo. As consequências podem ser as mais inesperadas possíveis, chegando-se ao extremo de se poder afirmar, consoante o fez NILO BAIRROS DE BRUM, que “em matéria de interpretação jurídica, haverá tantas verdades quantos forem os métodos existentes”²¹⁴. LUIZ ALBERTO WARAT chega até mesmo a dizer que a função dos métodos de interpretação não é prático-científica, senão que retórico-política²¹⁵.

Além disso, todas essas teorias jurídicas existentes deram origem também a distintas concepções em relação ao tema da interpretação da lei e a função judicial (o poder criativo do juiz). Dentre todas elas, há duas grandes tendências: o realismo e o formalismo²¹⁶ (este ainda muito mais presente no sistema jurídico continental). Em linhas gerais, o que se pode falar é que o formalismo tem como características principais: (i) a lei é a única fonte do direito, (ii) a interpretação é um ato de conhecimento e não de vontade, (iii) o ordenamento jurídico é profundamente coerente, (iv) o juiz é neutro e imparcial (não cria o direito), (vi) exaltação da segurança jurídica, (vii) o raciocínio jurídico é demonstrado através de mero silogismo

(m) crise. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

²¹² BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 11.

²¹³ Sobre os diversos métodos interpretativos ver: BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 15-38 e também WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.75-87.

²¹⁴ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 15

²¹⁵ WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias...**, p. 63.

²¹⁶ Para maiores detalhes, ver: WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral...**, v.I..., p. 51 e seguintes; WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias...**, p. 45-59 e BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 43-50.

demonstrativo, (viii) o sistema do direito é dotado de plenitude hermética, entre outras. Ao revés, o realismo jurídico tem como características: (i) as fontes do direito são todos os motivos determinantes das decisões judiciais, (ii) a interpretação é ato de vontade, (iii) o trabalho do juiz é constitutivo, respondendo ao ato de vontade (o juiz cria o direito), (iv) exaltação da equidade, (v) o raciocínio jurídico é demonstrado através de silogismos retóricos, etc.²¹⁷

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO entende, com razão, que a superação do formalismo é indispensável à construção de uma hermenêutica material, que aceite a existência de opções valorativas sobre os dados de fato e de direito por parte do juiz. Para isso, o trabalho a ser realizado pelo operador do direito, em especial o juiz, *precisa ser criativo*. E a criatividade do juiz, ao contrário do que se possa pensar, não exclui e tampouco afasta a segurança jurídica, como temem os formalistas. Adotando os ensinamentos de JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, aponta para uma aplicação sociológico-política do direito, a qual

“não ‘erige o subjetivismo como preceito, porque não determina que o juiz imponha seus valores pessoais na sentença. Pelo contrário, alerta-o sobre a necessidade de procurar traduzir o sentimento de justiça da comunidade (...), incentiva sua capacidade de captação da alma do povo, aponta, como repositório de julgamentos, não apenas os livros de doutrina e a catalogação da jurisprudência, mas a vida, o jornal, a crônica do dia, o rosto da rua, o perfil dos barracos, as filas de ônibus, os caminhões que conduzem os operários, as crianças famintas”²¹⁸.

Em assim sendo, na opinião do referido autor gaúcho, “ter a ordem estabelecida como inquestionável e, logo, imutável”, como querem os formalistas, “leva a subestimar as forças sociais em ascensão e mutação, conduzindo à desconformidade entre o processo histórico e o processo legal que nele se insere”²¹⁹. A solução estaria, então, na sensibilidade e na formação dos magistrados para que pudessem exercer sua função de tal modo que conseguissem, quando viável e necessário, conciliar as funções transformadora e conservadora do direito.

²¹⁷ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral...*, v.I..., p. 61.

²¹⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática...*, p. 74.

²¹⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática...*, p. 75.

Enfim, consoante sintetiza MARCELO CATTONI,

“a atividade de interpretação jurídica não se dá, como acreditam certas correntes positivistas, porque a linguagem através da qual a norma se expressa é ambígua ou obscura ou porque aquele que editou a norma assim o quis. Toda comunicação implica interpretação, não no sentido de que seja preciso desvendar um pretense verdadeiro significado, ou seja, aquele significado que o emissor quis ou tentou expressar, mas no sentido de que interpretar implica atribuir sentido, compreender o que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundos de vida compartilháveis. De fato, não há um método ou métodos capazes de revelar o ‘verdadeiro significado’ de uma norma jurídica, pois nenhum método é instrumento neutro capaz de superar a sua própria condição de obra humana, histórica e datada”²²⁰.

Destarte, diante de toda a realidade exposta, como agem os juízes? De regra, o que se percebe das decisões é que não só há uma certa tendência em se *aceitar* a ideologia dominante em um determinado momento (seja ela correta ou incorreta, absurda ou não - não se questiona), bem como, aliás, procura-se exatamente *manter* um determinado padrão nas decisões judiciais²²¹. Os juízes buscam, de fato, manter-se dentro de um *standart* geral de valoração dos juristas²²², da comunidade jurídica, recomendado, na opinião de NILO BAIRROS DE BRUM, pelo que ele chama de princípio da crítica *sã*²²³. Assim é que não raras vezes, afirma LUIZ ALBERTO

²²⁰ CATTONI, Marcelo. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2001, p. 144.

²²¹ “O discurso jurídico, em suas múltiplas manifestações, tem aversão a tudo quanto é novo. O peso desta rejeição provém não só do imperativo de preservar-se pela apologia do estabelecido certos efeitos da repressão simbólica que o Estado desempenha através das representações abstratas formais e inamovíveis do Direito. Os ‘sujeitos do direito’ precisam ser construídos como ‘sujeitos reprimidos’ para assegurar o controle unívoco do tempo e do espaço social. Um discurso de seguridades máximas construído para garantir a fiscalização interior dos indivíduos, isto é, o panóptico dentro do homem. Uma consequência direta da ordem simbólica do jurisdicismo ‘Estado de Direito’ que desenvolve lugares comuns, processos imaginários e fundamentações fora da história para recuperar nossos desejos numa mística alienante”. WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral...**, v.I..., p. 25.

²²² Esta noção pode ser comparada ao que LUIZ ALBERTO WARAT chama de senso comum teórico dos juristas. Para maiores detalhes, ver: **Introdução geral...**, v.I; WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias...** e **O sentido comum teórico dos juristas**. A crise do direito numa sociedade em mudança. (org. José Eduardo Faria) Brasília: Editora UnB, p. 31-42. Ver também: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

²²³ Sobre o tema dispõe NILO BAIRROS DE BRUM em **Requisitos retóricos...**, p. 69.

WARAT, “em razão da visão imaginária de sua própria atividade o juiz violenta seus juízos de valor relativamente às decisões que adota, pensando que está impossibilitado de concretizá-los por existir um consenso valorativo contrário, erigido retoricamente como fiel intérprete da legalidade formal”²²⁴.

2.2.3. Motivação de fato

De regra, muito pouca importância se dá à análise dos fatos pelo juiz. Porém, este é exatamente o momento mais perigoso da decisão, tendo em vista que aqui a subjetividade pode ser notada em seu grau máximo. Vale dizer, ao contrário do que acontece com a interpretação da lei, muito mais controlada pela sua razoabilidade, o exame dos fatos, pode-se dizer, é quase que desprovido de qualquer controle, tal como a decisão tomada pelo conselho de sentença, em um julgamento pelo Tribunal do Júri.

Entretanto, diferentemente das decisões do júri, acobertadas pela convicção íntima, o exame dos fatos pelo juiz nos processos de ritos diversos ao do júri é orientado pelo princípio do livre convencimento, ou seja, o magistrado deverá justificar a sua interpretação dos fatos na decisão, tal e qual deverá justificar a interpretação da lei. E a análise dos fatos está intrinsecamente ligada à prova produzida no processo, uma vez que é através das provas que se procura reconstruir tudo aquilo que aconteceu no passado, com vistas ao acerto do caso penal.

Neste momento, em breves palavras, entende-se necessário tecer algumas considerações sobre o livre convencimento.

²²⁴ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral...**, v.I..., p. 60.

O livre convencimento²²⁵ é preponderantemente o princípio vigente nos sistemas processuais contemporâneos²²⁶. É também conhecido como o princípio da livre convicção²²⁷, da persuasão racional²²⁸, da livre apreciação da prova ou da prova livre²²⁹, *sana critica racional*²³⁰. Por este princípio, “os juízes possuem capacitação técnica e podem socorrer-se do conhecimento de técnicos de outras áreas quando a prova depender de saberes alheios à sua capacitação”²³¹. Alguns autores o vêem como um princípio misto, que mescla algumas características da convicção íntima e da prova legal²³².

Pelo livre convencimento, o juiz possui ampla liberdade na apreciação da prova, todavia tem o dever de fundamentar sua decisão com base nos elementos contidos nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*). Vale dizer, para o seu convencimento deve o juiz se valer só daquilo que todos sabem (que está nos autos) e jamais (em tese) pode se valer de seu conhecimento privado. Isso porque, na esteira dos ensinamentos de HELIO TORNAGHI²³³, a prova não é produzida apenas para o juiz, mas também (e em igual nível) para as partes do processo e para os outros juízes que possam vir a reapreciar a matéria em sede de recurso.

O juiz deve pesar o valor das provas segundo aquilo que lhe pareça a melhor solução, devendo, porém, explicitar os motivos que o levaram a tal decisão.

²²⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. II Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 298.

²²⁶ No Brasil, vê-se pelos artigos 157 do CPP e 131 do CPC.

²²⁷ TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. v. IV Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 217.

²²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. II São Paulo: Saraiva, 1985, p. 384.

²²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. I Coimbra: Coimbra, 1981, p. 198.

²³⁰ VÉLEZ-MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal**. v. I. 3 ed. Cordoba: Marcos Lerner Editora Cordoba s.r.l., 1986, p. 361.

²³¹ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 55.

²³² Assim se manifestam Frederico Marques em sua obra **Elementos de direito processual penal** e Ovídio Baptista da Silva em seu **Curso de processo civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²³³ TORNAGHI, Helio. **Instituições...**, p.217.

Como já dito, o juiz decide apenas com as provas dos autos, mas deve avaliá-las segundo o critério da crítica sã e racional. Isto é, nas palavras de JOSÉ FREDERICO MARQUES, “o juiz deve decidir com relação à sã crítica, não tem a liberdade de raciocinar discricionariamente, arbitrariamente. O livre convencimento deve conjugar a lógica e a experiência, sem excessivas abstrações de ordem intelectual, mas observando sempre os preceitos e métodos que tendem a assegurar o mais acertado e eficaz raciocínio”²³⁴. Ou segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma *liberdade de acordo com um dever* – o dever de perseguir a chamada verdade material -, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios *objectivos* e, portanto, em geral *susceptível* de motivação e controlo”²³⁵. Ademais, deve o juiz, na sentença, na demonstração das razões de seu convencimento, tentar convencer a si mesmo e os outros da sua opção. Caso contrário, as partes recorrem e o Tribunal acaba por modificar a sua decisão.

A partir do exposto, pode-se concluir, num primeiro momento, que o livre convencimento não significa, em absoluto, anarquia na apreciação da prova, encontrando no dever de motivação da decisão o seu mais importante limite. Nas palavras de GIOVANNI LEONE,

*“il principio del libero convincimento del giudice è strettamente legato al principio della motivazione; tale legame va visto non nel senso storico che il secondo sai nato con l’affermazione del primo (in quanto l’obbligo della motivazione si pone anche nei confronti di un sistema processuale fondato sul principio delle prove legali), bensì nel senso che tanto più si fa spazio al principio del libero convincimento del giudice tanto maggiore dev’essere l’applicazione del principio della motivazione”*²³⁶.

Por todos, remeter-se-á ao pensamento de D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA; E. ZAPPALÀ:

²³⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos...**, p. 299.

²³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito...**, p. 202-203.

²³⁶ LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. 13 ed. Napoli: Jovene, 1988, p. 41. [tradução da autora: “o princípio do livre convencimento do juiz é estreitamente ligado ao princípio da motivação; tal vínculo é visto não só no sentido histórico que o segundo nasceu com a afirmação do primeiro (em quanto a obrigação de motivar se põe também nos confrontos de um sistema processual fundado sobre o princípio da prova legal), mas também no sentido de que quanto

“..Il principio risulta ancorato al dato probatorio, funziona nell’area riservata alla valutazione della prova, trova un suo limite nella motivazione. Ancorare il libero convincimento al dato probatorio significa circoscrivere la piattaforma su cui lo stesso può essere esercitato. Diceva PESSINA: ‘il giudice è libero di credere o di non credere alle prove adotte, ma non può uscire dai confini legali, siano relativi al raccoglimento di esse, siano relativi alla loro disamina nella pubblica discussione’. Aggiunge oggi CORDERO: ‘libero convincimento significa rifiuto delle prove a valutazione vincolata: ma la prova è pur sempre un atto regolato dal diritto, che anzitutto ne fissa le condizioni di ammissibilità e i modi di formazione’. E continua: ‘Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati. Il raccordo fra convincimento del giudice e obbligo di motivare in fatto appare sancito con sufficiente precisione. Quest’obbligo funziona come preventiva remora da possibili arbitri, impegna a riflettere sui contenuti del giudizio (e sulle connesse proiezioni nella motivazione della sentenza) e riviene significativi addellati nelle disposizioni relative ai requisiti ed alla redazione della sentenza”²³⁷.

Além desse, outros limites, em verdade, impõem-se ao livre convencimento. Por exemplo, o juiz não pode (ou, ao menos, não poderia) basear sua convicção em provas produzidas no processo em desacordo com os princípios constitucionais do contraditório, como o interrogatório do acusado na fase do inquérito policial. O juiz não poderá dispensar as regras legais quanto à forma dos atos jurídicos, sob pena de desobediência aos mandamentos legais do direito processual penal.

Neste passo, em última análise, a livre apreciação da prova acaba por abranger todos os chamados momentos da prova: a sua proposição, a sua admissão, a

maior espaço se dá ao princípio do livre convencimento do juiz, maior deve ser a aplicação do princípio da motivação”].

²³⁷ SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. **Diritto processuale penale**. v. I Milano: Giuffrè, 1994, p. 389-391. [tradução da autora: “o princípio resulta ancorado ao fato probatório, funciona na área reservada à valoração da prova, encontra seu limite na motivação. Ancorar o livre convencimento ao fato probatório significa circunscrever a plataforma sobre a qual o mesmo pode ser exercitado. Dizia PESSINA: o juiz é livre para crer ou não crer nas provas adotadas, mas não pode sair dos limites legais, sejam relativos ao acolhimento delas, sejam relativos ao exame delas na discussão pública. Acrescenta hoje CORDERO: livre convencimento significa recusa das provas à valoração vinculada: mas a prova é tão somente um ato regulado pelo direito, que antes de mais nada lhe fixa as condições de admissibilidade e modos de formação (...) O juiz valora a prova dando conta na motivação dos resultados obtidos e dos critérios adotados. A conexão entre convencimento do juiz e a obrigação de motivar, de fato aparece decretada com precisão suficiente. Esta obrigação funciona como prevenção da incerteza de possíveis arbitrios, obriga a refletir sobre o conteúdo do julgamento (e sua respectiva projeção na motivação da sentença) e vem significativamente demonstrada nas disposições relativas aos requisitos e à redação da sentença”].

sua produção e a sua avaliação, uma vez que só poderá ser devidamente valorada pelo magistrado a prova legalmente admitida nos autos, livre de qualquer vício.

“La disciplina del procedimento probatorio, volta a regolamentare il libero convincimento del giudice che si esprime nella decisione, si sviluppa su tre distinte direttive. Essa contiene, in primo luogo, le regole per l’assunzione dei mezzi di prova, con la prescrizione di forme, la posizione di limiti all’allegazione, la determinazione delle modalità di acquisizione. Individua, in secondo luogo, i criteri che debbono essere seguiti dal giudice nella valutazione della prova. Fa obbligo, in terzo luogo, al giudice di dare conto delle sue scelte attraverso la motivazione”²³⁸.

Finalmente, vale ressaltar o pensamento de JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO²³⁹, quando alerta que é inevitável admitir que o princípio do livre convencimento pode ser manipulado pelo julgador, motivo pelo qual se torna deveras importante a consciência do juiz neste momento, para que a garantia constitucional do art. 93, IX, não seja desrespeitada. Também para GIOVANNI LEONE, é perfeitamente possível a transformação do livre convencimento em arbítrio:

“la confusione cioè della certezza che dovrebbe essere conquistata dal giudice ‘sub specie universalis’, della certezza cioè di cui debbono essere partecipi tutti (o, per lo meno, la maggior parte dei consociati) con la certezza soggettiva del giudice; la confusione della verità che dovrebbe imporsi nella sua folgorante luce a tutti coloro che guardano con trepidazione alla vicenda giudiziaria con la verità che all’oposto è balenata solo al giudice e non riesce ad uscire da tale sfera di soggettività per diffondersi nella coscienza di tutti. È necessario insistere sulla necessità della certezza giudiziale che non sai opinione del solo giudice, ma conquisti anche l’adesione della collettività”²⁴⁰.

²³⁸ DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. Padova: CEDAM, 1999, p. 624. [tradução da autora: “a disciplina do procedimento probatório, destinada a regulamentar o livre convencimento do juiz que se exprime na decisão, desenvolve-se em três diretivas diferentes. Ela contém, em primeiro lugar, as regras para a admissão dos meios de prova, com a prescrição de forma, a posição dos limites das alegações, a determinação da modalidade de aquisição. Individualiza, em segundo lugar, os critérios que devem ser seguidos pelo juiz na valoração da prova. Obriga, em terceiro lugar, o juiz a dar conta das suas escolhas através da motivação”].

²³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais...**, p. 197.

²⁴⁰ LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto...**, p. 43. [tradução da autora: “a confusão, a saber, da certeza que deveria ser conquistada pelo juiz *sub specie universalis*, da certeza, da qual todos devem ser comunicados (ou, pelo menos, a maior parte dos envolvidos) com a certeza subjetiva do juiz; a confusão da verdade que se deveria impor na sua luz fulgurante a todos que olham preocupados para o evento judiciário com a verdade que pelo contrário aparece apenas ao juiz e não consegue sair de tal esfera subjetiva para se difundir na consciência de todos. É necessário insistir na necessidade da certeza judicial que não seja opinião única do juiz, mas que conquiste também a adesão da coletividade”].

Por tudo o que se viu, pode-se concluir que a motivação de fato permite o controle posterior da racionalidade e logicidade do convencimento do juiz. Em relação ao seu conteúdo, a exigência da motivação fática não se satisfaz com uma mera descrição do resultado das provas (por exemplo, declarando que a testemunha X disse Y):

“la motivación no debe traducirse en una actividad meramente descriptiva, ni tampoco en una simple remisión genérica y formal al conjunto de la prueba practicada, sino que exige – además de la declaración expresa de los hechos probados y de la fundamentación jurídica – la explicitación de las razones o motivos que conducen a otorgar o negar eficacia probatoria a dichas pruebas, con especial mención de los datos o elementos probatorios tenidos en cuenta por el juzgador para formar su convicción y de los resultados obtenidos con la práctica de los diferentes medios de prueba, así como de las reglas o máximas de experiencia utilizadas por el juzgador en su tarea valorativa; en definitiva, de los motivos que conducen a la obtención del convencimiento acerca de los hechos declarados probados. El juzgador debe razonar por qué concede eficacia probatoria a las pruebas utilizadas como sustento de la declaración de hechos probados, en detrimento de las restantes”²⁴¹.

Em suma, o juiz deve justificar a sua decisão tanto com relação ao direito a ser aplicado ao caso concreto, interpretando-o e não apenas indicando o artigo da lei, como também com relação aos fatos trazidos no processo através das provas ali produzidas, valorando-as e indicando as razões de ter optado pela prevalência de alguns fatos sobre outros para a construção do seu convencimento²⁴². Em rápidas palavras, espera-se ter mostrado de forma clara os principais aspectos a serem considerados por ocasião da estruturação da motivação das decisões, quanto ao direito

²⁴¹ ESTRAMPES, M. Miranda. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 171.

²⁴² “La ‘libre convicción’ exige la ‘fundamentación’ o ‘motivación’ de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera, y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueran tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica (exigencia externa). Ella exige también que la valoración crítica de los elementos de prueba sea ‘racional’, aspecto que implica demandar que respete las ‘leyes del pensamiento’ (lógicas) y de ‘la experiencia’ (leyes de la ciencia natural), y que sea ‘completa’, en el doble sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se pretende lograr que la decisión se ‘baste a sí misma’, como explicación de las conclusiones del tribunal (exigencia interna). Precisamente, esas exigencias están íntimamente ligadas al control de la sentencia, por la vía de la casación, y los límites de ese control”. MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**. v. I. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1996, p. 871.

a ser aplicado no caso concreto e quanto aos fatos que serão relevantes para a formação do convencimento do juiz, apurados através da produção probatória.

2.3. A motivação: instrumento retórico de convencimento e persuasão

Em inúmeros momentos deste trabalho, ao se falar da motivação e da argumentação fez-se referência à correspondência inafastável entre estes dois elementos. De fato, há que se admitir que a fundamentação das decisões não se resume apenas ao silogismo retórico, pois não se pode negar que existem momentos em que o julgador vai sim utilizar-se de raciocínios lógico dedutivos e indutivos, de comparações, enfim, de outras formas de raciocínio. Entretanto, por tudo o que já se viu até agora também não se pode negar que a racionalidade que prevalece no momento da fundamentação da decisão é a argumentativa, tanto quanto aos fatos, como no que se refere ao direito.

Por se tratar de um ambiente argumentativo, comumente se utilizam como sinônimos, como se viu outrora, motivação e justificação. Ora, na esteira dos ensinamentos de CHAÏM PERELMAN, a justificação só tem lugar no ambiente onde nada é evidente; pelo contrário, a justificação sempre se relaciona a um determinado contexto, o qual não é inabalável. Neste passo, afirma com propriedade o Professor de Bruxelas:

“toda justificação pressupõe a existência, ou a eventualidade, de uma apreciação desfavorável referente ao que a pessoa se empenha em justificar. Por isso, a justificação se relaciona intimamente com a idéia de valorização ou de desvalorização. Não se trata de justificar o que poderia ser objeto de uma condenação ou de uma crítica, o que poderia ser julgado, ou seja, uma ação ou um agente. A justificação pode concernir à legalidade, à moralidade, à regularidade (no sentido mais lato), à utilidade, à oportunidade. Não há por que justificar o que não se deve adequar a normas ou a critérios, ou o que não deve realizar certa finalidade; tampouco há por que justificar o que, incontestavelmente, se ajusta às normas, aos critérios ou às finalidades considerados. A justificação só diz respeito ao que é a um só tempo discutível e discutido. Daí resulta que o que é absolutamente válido não deve ser submetido a um

processo de justificação e, inversamente, o que se tende a justificar não pode ser considerado incondicional e absolutamente válido”²⁴³.

Além disso, vale ressaltar que a justificação, na prática, só encontra razão de ser exatamente quando se está a tratar de uma decisão, de uma ação, de uma escolha, fora da experiência e que suprime toda possibilidade de decisão e de escolha. Vale dizer, a justificação só tem sentido quando referente a atos passíveis de críticas, que têm alguma falha que os tornam inferiores àqueles que não podem ser criticados (os que se referem a valores absolutos, à evidência).

Freqüentemente, ainda, tem-se a idéia de que a justificação não é refutação de uma crítica, senão que apresenta apenas a apresentação de razões positivas em favor de uma determinada escolha ou decisão. Para CHAÏM PERELMAN, entretanto, tal noção é equivocada: “a justificação consiste quer na refutação de uma determinada crítica, quer na indicação de que uma proposição lhe escapa inteiramente”²⁴⁴.

Muitas vezes, porém, e aqui está o problema, a argumentação e a retórica são utilizadas em seu sentido mau²⁴⁵, qual seja, para esconder decisões tomadas de forma arbitrária pelos juízes. Não raro a motivação é, nas palavras de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “uma racionalização *ex post* de uma decisão muitas vezes determinada por razões inconfessáveis”²⁴⁶, atitude até mesmo compreensível vez que o juiz é, antes de tudo, um ser humano. Como muito bem ressalta NILO BAIRROS DE BRUM,

“geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência de

²⁴³ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas...**, p. 169.

²⁴⁴ PERELMAN, Chaïm. **Ética...**, p. 187.

²⁴⁵ Aliás, segundo relata JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, ARISTÓTELES entendia como exemplo de má retórica exatamente a retórica judicial, destinada a mover as emoções do espectador e baseada em provas de fatos, notoriamente frágeis. ADEODATO, João Maurício. **O silogismo retórico (entimema)...**, p. 140.

²⁴⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 113.

condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura penal como excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico. Sabe o julgador, entretanto, que essas motivações não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima. Se declarar francamente que condena o réu em razão de seus péssimos antecedentes ou que o absolve porque é trabalhador e tem muitos filhos, sua sentença fatalmente será reformada por falta de base jurídica”²⁴⁷.

O juiz, então, para escamotear a sua decisão, vai procurar motivá-la através da manipulação de seu discurso, que poderá ser feita tanto quanto ao direito a ser aplicado bem assim com relação à prova produzida no processo. E para manipular o seu discurso, o julgador não só terá que se utilizar de uma linguagem dirigida ao seu objetivo de convencer²⁴⁸, mas também organizará quais os argumentos que irá apresentar e de que maneira os apresentará ao seu auditório.

Como visto, a interpretação do direito pode ser forjada de acordo com os interesses do magistrado e da comunidade jurídica em geral. LUIZ ALBERTO WARAT, de forma contundente, afirma que, em verdade, as práticas interpretativas do Direito não passam de

“uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da opressão’ e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei. Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes”²⁴⁹.

²⁴⁷ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 72-73.

²⁴⁸ A linguagem exerce função fundamental no discurso jurídico e, por isso, o estudo deste tema é de essencial importância para uma exata compreensão das dimensões do ato jurisdicional. Todavia, como explicado no início, a proposta deste trabalho se resume em abordar a Teoria da Argumentação apenas como o estudo da retórica dos conflitos.

²⁴⁹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral...**, v.I..., p. 19-20.

Da mesma forma ocorrerá com relação à prova produzida no processo. Quando encontrar-se o juiz diante de uma situação de pré-julgamento e a necessidade de motivação,

“buscará, então, o julgador outro caminho que pode ser através da avaliação da prova ou por meio da interpretação da norma. Geralmente, pelo menos entre nós, os juízes preferem o primeiro caminho, já que a prova é produzida longe dos tribunais e a possibilidade de controle é mais difícil. Além do mais, a interpretação do direito penal é bastante rígida. Aqueles que freqüentam as varas criminais sabem que o maior número de absolvições, por exemplo, dá-se com base no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal vigente. Este é, realmente, o caminho mais fácil para justificar uma absolvição discutível, já que a valoração da prova – como vimos – encerra operações muito subjetivas e dificilmente haverá um processo judicial que não contenha, pelo menos, duas versões verossímeis. Na determinação da verdade processual haverá quase sempre opções ao livre convencimento do juiz”²⁵⁰.

Então, assim como a interpretação, a prova também pode ser – e é – usada como argumento. Para NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, “sabe-se como a cultura superior e a flexibilidade do engenho de um homem, como o magistrado, habituado à contínua ginástica intelectual, tornam possível, narrando fatos e provas, dar, a uns e outros, uma natureza e um valor não correspondentes à sua realidade”²⁵¹.

Na verdade, em um sistema processual baseado no livre convencimento, é praticamente impossível (se não impossível) se demonstrar quais as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma. Especialmente no que diz ao exame do material probatório, uma vez que os códigos são lacônicos, a doutrina extremamente flexível e a jurisprudência muitas vezes deixa a desejar. A partir disso, os juízes têm a possibilidade real de manipular os fatos segundo seus interesses, suas opiniões pessoais, sua ideologia, ainda que de forma inconsciente. Aqui também há a prevalência dos juízos de valor sobre os juízos descritivos²⁵². Por isso é que se tem a exigência da motivação como importante garantia para as partes, na medida em que tende a exigir do magistrado a formação de um convencimento baseado em razões

²⁵⁰ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 73.

²⁵¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas...**, p. 105.

²⁵² BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 70-71.

confessáveis, constituindo-se como um verdadeiro meio de pressão sobre a consciência do juiz²⁵³.

A partir de todas essas considerações, resta evidente a relação entre a motivação das decisões e a argumentação, ainda que tal relação venha quase sempre dotada, infelizmente, de uma conotação negativa. De fato, o juiz, através da motivação, procura legitimar a sua decisão e por isso argumenta. E tanto a referida motivação pode ser verificada como instrumento retórico de convencimento e persuasão, que NILO BAIRROS DE BRUM, de forma única, estabelece quatro requisitos retóricos da sentença penal (além dos requisitos formais exigidos pela lei processual penal, em seu art. 381): 1) verossimilhança fática – através do qual o juiz procura convencer que elegeu a melhor prova para formar o seu convencimento, inclusive desqualificando as provas que dão respaldo a versões diversas da por ele escolhida; 2) efeito de legalidade – o juiz deve convencer de que a solução do caso encontra-se amparada no ordenamento jurídico; 3) adequação axiológica – ou seja, o juiz deve demonstrar que os valores da comunidade estão adequados à lei ou que a lei está devidamente adequada aos valores da sociedade; 4) neutralidade judicial – o magistrado deve sustentar uma imagem de neutralidade (que não existe, certamente) como meio de preservar, em síntese, a segurança jurídica²⁵⁴.

2.4. A motivação e o alcance das decisões: o juiz penal e seu auditório

A este ponto, admitindo-se, então, que a atividade de motivação da decisão é de natureza justificativa, isto é, argumentativa, a partir de tudo o que se viu da Teoria da Argumentação de CHAÏM PERELMAN, supõe-se que tal motivação será necessariamente dirigida a um auditório, que deverá a ela aderir quanto maior for a força dos argumentos por ela apresentados. Aqui também o juiz deverá escolher os

²⁵³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 113.

²⁵⁴ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos...*, p. 72-84. Ver também: FAYET, Ney. *A sentença criminal e suas nulidades*. 5 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 30-38.

argumentos a serem utilizados, decidir em que ordem e de que forma irá apresentá-los, enfim, deverá organizar racionalmente a maneira com a qual pretende convencer (ou persuadir) o seu auditório – há que existir o contato entre os espíritos.

Viu-se outrora, quando da análise da Teoria da Argumentação, que CHAÏM PERELMAN defende a existência, na verdade, de quatro tipos de auditório: o auditório universal, o auditório particular, o auditório formado por um único ouvinte e a deliberação íntima²⁵⁵. Também se viu que o objetivo da argumentação é justamente provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que lhes são apresentadas, o que permite concluir que o ponto de partida assim como o desenvolvimento da argumentação pressupõem o acordo do auditório (por acordo, entenda-se a adesão ou propensão à adesão por parte do auditório ao discurso do orador). Deste modo, a eficácia da argumentação vai ser determinada a partir da adaptação do orador ao auditório – em última análise, quanto mais se conhece os destinatários do discurso, maior é a probabilidade da adesão.

E na argumentação jurídica, especialmente a realizada pelos juízes ao justificarem as suas decisões? Como visto acima, a eficácia da argumentação, no caso, da motivação, depende diretamente do conhecimento, pelo magistrado, de seu auditório. E quem é esse auditório? Trata-se de um auditório universal, de um auditório particular, de um auditório de um único ouvinte ou de uma deliberação íntima?

MANUEL ATIENZA afirma que CHAÏM PERELMAN, em seus escritos, não deixa claro se o conceito de auditório universal se aplica também ao discurso jurídico, seja o do juiz, seja o do legislador. Em alguns momentos parece entender que o discurso jurídico destina-se apenas àquelas pessoas que instituíram o

²⁵⁵ Para maiores detalhes, ver *supra* p. 29-32.

legislador e o magistrado; em outros momentos parece admitir que se destina ao auditório universal²⁵⁶.

De fato, parece que a admissão de que o discurso jurídico (e não só do discurso jurídico, mas todo tipo de discurso) se dirige ao auditório universal é bastante problemática por vários motivos, como se verá.

Em primeiro lugar, CHAÏM PERELMAN define o auditório universal como sendo aquele formado por toda a humanidade, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais. Desta forma, admitir-se que o discurso jurídico destina-se ao auditório universal significa dizer que se destina a toda humanidade, o que é absolutamente impossível, pois uma determinada lei dirige-se apenas (e no máximo) a um determinado território e uma decisão judicial às partes do processo, aos tribunais superiores e à comunidade mais próxima. Em que pese o próprio Professor de Bruxelas ter admitido que o auditório universal é uma questão muito mais de direito do que de fato, parece que nem mesmo assim é viável dizer que o auditório ao qual se consagra a argumentação jurídica seja universal.

Em segundo lugar, a própria aceitação da existência de um auditório universal é complicada para o Professor de Bruxelas. Tanto o é que em determinado momento CHAÏM PERELMAN admite claramente que não existe *um* auditório universal, senão que tantos quantos constituídos pelas diferentes culturas existentes, isto é, cada comunidade, cada pessoa, tem sua própria concepção de auditório universal.

Em terceiro lugar, e aqui está o maior problema, encontra-se o fato de que a noção de auditório universal está ligada ao imperativo categórico de IMMANUEL KANT, a qual defende que o juiz deverá, através de seu discurso, obter a adesão universal, utilizando-se de princípios válidos para todos os homens. Este é o

²⁵⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 125-126.

principal elemento criticado na teoria de CHAÏM PERELMAN – a equiparação do auditório universal ao consenso de JURGEN HABERMAS. Assim, os argumentos utilizados perante o referido auditório teriam maior valor frente aos utilizados perante um auditório particular até ser atingido um limite máximo, qual seja, o acordo do auditório universal, baseado no senso comum.

Como o objetivo da argumentação jurídica não é somente o acordo sobre a legalidade, mas sobretudo sobre a sua legitimidade, acreditar na adesão universal, equiparada a teoria do consenso da verdade²⁵⁷, significa aceitar que, de fato, na prática, existem verdades e valores que são aceitos igualmente por toda a humanidade, por cada um dos indivíduos que a compõem (concordância potencial de todos), pressupondo, na esteira da teoria habermasiana, a situação ideal de fala, realidade esta, parece, absolutamente impossível. Nem mesmo dentro de uma única cultura, de um único país, de uma única família, encontram-se pessoas que pensam da mesma forma e possuem a mesma escala de valores – cada um pensa de uma forma e nada pode mudar isso. Por isso é muito complicado dizer que existem certos valores “mínimos” que são aceitos por todos como corretos.

Daí resta clara, segundo alguns autores, a relação da adesão universal com o que CHAÏM PERELMAN chama de senso comum que, na sua concepção, significa o conjunto de crenças admitidas pela sociedade cujos membros presumem serem partilhadas por todo ser racional. Entretanto, parece igualmente possível afirmar que o conceito que CHAÏM PERELMAN tem por senso comum relaciona-se muito mais com o conceito daquilo que é razoável, isto é, aquilo que é admissível em uma comunidade em um dado momento²⁵⁸ e, portanto, mutável, do que com o verdadeiro conceito de senso comum, ligado à idéia de faculdade comum a todos os homens de discernir as verdades evidentes.

²⁵⁷ Para uma leitura didática da teoria do consenso da verdade, ver: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 91-117.

²⁵⁸ PERELMAN, Chaïm. **Le raisonnable et le déraisonnable en droit**. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, v. 23, 1978, p. 39.

FERNANDO ESTRADA GALLEGO, de forma bastante didática, explica que a distinção entre senso comum e razoável consiste exatamente em uma questão de grau, de intensidade: enquanto o senso comum é dotado de evidência indiscutível, faz parte das próprias crenças naturais do homem, originárias, anteriores à razão e à experiência, o razoável não é necessariamente tido como certo e verdadeiro, ou seja, é apenas um ponto de partida aceito provisoriamente, que precisa ser justificado e não é nem imutável nem incontestável²⁵⁹.

Não obstante, ainda que CHAÏM PERELMAN entenda por senso comum apenas aquilo que é razoável (o que, por si só, não é pacífico entre os estudiosos de sua obra), de qualquer forma a noção de auditório universal não se sustenta, pois, da mesma maneira, não se pode aceitar que determinados valores e verdades sejam tidos como razoáveis por toda a humanidade.

Ademais, segundo MICHELE TARUFFO,

“os mitos das sociedades homogêneas e estáveis e das culturas simples, claras e comum a todos, se em algum tempo tiveram um sentido uma correspondência à realidade, já foram subvertidos pelas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna, especialmente da época que agora se costuma chamar pós-moderna. Por muitas razões, está hoje em crise o arquétipo do Estado-nacional, que por muito tempo representou a moldura tradicional (geralmente não-conscientizada) das usuais idéias de sociedade e de cultura, e a múltipla fragmentação social e cultural tomou o lugar das velhas imagens totalizantes e coerentes da sociedade e da cultura (...) Além disso, neste mundo globalizado é inevitável que o juiz se veja ao centro de muitos problemas novos e no ponto de encontro de tendências diferentes e conflitantes: cabe por isso às cortes a tarefa de resolver os conflitos entre valores universais e regras cada vez mais gerais, de um lado, e, de outro, situações cada vez mais particulares e culturalmente individualizadas. Assim como o juiz não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) a boca *inanimada* da lei, teorizada por Montesquieu, nem um passivo aplicador de norma simples mediante deduções formais, ele não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) um passivo usuário de noções metajurídicas fornecidas *ready made* pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras e critérios

²⁵⁹ GALLEGO, Fernando Estrada. **Teoría de la argumentación y sentido común**. Revista UIS – Humanidades, Bucaramanga, v. 26, n. 2, p. 133-140, julio-diciembre 1997.

dispostos de modo claro, completo e coerente no *depósito* constituído pelo senso comum”²⁶⁰.

De fato, o tradicional conceito de senso comum é considerado pela ciência moderna, segundo afirma BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS²⁶¹, superficial, ilusório e falso²⁶². Por esta razão, defende o que chama de senso comum emancipatório, isto é, “um senso comum discriminatório (ou desigualmente comum, se preferirmos), construído para ser apropriado privilegiadamente pelos grupos sociais oprimidos, marginalizados ou excluídos e, de facto, alimentado pela prática emancipatória destes”²⁶³.

Destarte, a partir destas considerações, parece inviável falar-se em auditório universal não só para a argumentação jurídica, mas para todo o tipo de argumentação.

Por outro lado, há que se reconhecer que a argumentação pressupõe sempre a adesão de um auditório e também na argumentação jurídica não se pode negar a existência de um auditório que será convencido ou persuadido pelo orador (juiz ou legislador). Assim, mais especificamente nas hipóteses de argumentação

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 05 de março de 2001. (trad. Cândido Rangel Dinamarco) Curitiba: Edição do IBEJ, 2001, p. 39.

²⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 107.

²⁶² “Essa feição utópica e libertadora está patente em muitas das características do conhecimento do senso comum. Assim, o senso comum faz coincidir causa e intenção; subjaz-lhe uma visão do mundo assente na acção e no princípio da criatividade e da responsabilidade individuais. O senso comum é prático e pragmático; reproduz-se colado às trajectórias e às experiências de vida de um dado grupo social e, nessa correspondência, inspira confiança e confere segurança. O senso comum é transparente e evidente; desconfia da opacidade dos objectivos tecnológicos e do esoterismo do conhecimento em nome do princípio da igualdade do acesso ao discurso, à competência cognitiva e à competência lingüística. O senso comum é superficial porque desdenha das estruturas que estão para além da consciência, mas, por isso mesmo, é exímio em captar a complexidade horizontal das relações conscientes entre pessoas e entre pessoas e coisas. O senso comum é indisciplinar e não-metódico; não resulta de uma prática especificamente orientada para o produzir; reproduz-se espontaneamente no suceder quotidiano da vida. O senso comum privilegia a acção que não produza rupturas significativas no real. O senso comum é retórico e metafórico; não ensina, persuade ou convence”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...**, p. 108.

judicial, parece correto, então, reconhecer que ela se destina a auditórios particulares (por exemplo, a comunidade jurídica e a comunidade local, em cujo seio o crime foi cometido), a um auditório de um único ouvinte (o réu, embora este não possa interagir, em absoluto, com o julgador) e, por que não, à deliberação íntima, vez que o próprio juiz deve se convencer da decisão que tomou.

ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO manifesta-se neste sentido ao afirmar que a motivação das decisões trata-se de um discurso justificativo que, por natureza, deve se dirigir a um auditório:

“num sistema em que esta realiza apenas uma função *endoprocessual*, permitindo tão-só um controle de tipo burocrático sobre as decisões, esse auditório é limitado, formado basicamente pelos juízes das eventuais impugnações; ao contrário, quando se pensa na motivação como garantia política – que possibilita o controle democrático sobre a atuação judicial – o auditório é mais amplo, constituído potencialmente por todos os membros da comunidade política, em nome da qual a decisão é pronunciada. Essa diferença de *auditórios* não se reflete apenas na linguagem ou na técnica de redação, o chamado *estilo* da motivação, mas na própria estrutura do discurso justificativo, pois enquanto no primeiro caso os fundamentos de ordem técnica certamente terão prevalência, no segundo será privilegiada uma argumentação mais preocupada em explicitar os valores comunitários que presidiram as escolhas adotadas”²⁶⁴.

2.5. *Vícios de motivação e o poder do silêncio*

Como visto, a motivação das decisões é verdadeiro dever imposto pela Constituição da República aos juízes de primeiro e segundo graus. Esta exigência é decorrência lógica e imediata da adoção do princípio do livre convencimento que, embora permita ao julgador fundar o seu convencimento livremente, obriga-o a demonstrar as razões de sua decisão. Até agora, viu-se como o discurso judicial pode ser forjado apenas a partir da referida apresentação das razões pelo magistrado.

²⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica...*, p. 109.

²⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 118.

Entretanto, ele também pode ser imaginado ante a ausência ou insuficiência do discurso judicial, como se verá a seguir.

Em que pese a exigência de motivação das decisões não ser apenas determinação legal, mas também constitucional, é bastante grande o número de decisões que são anuladas todos os dias pela não observância de tal dever pelo julgador – isso sem contar as outras milhares de decisões que sequer são objeto de recurso. No Processo Penal, ademais, a situação encontra-se agravada por conta da exigência de dupla fundamentação: uma com relação à condenação e outra com relação à aplicação da pena.

Basicamente, pode-se falar em dois vícios da sentença referentes ao requisito da fundamentação: a ausência de motivação e a insuficiência da motivação. A primeira, consoante dispõe o próprio texto constitucional (art. 93, IX, CR), e também a legislação infraconstitucional (art. 564, III, “m”, CPP), é necessariamente causa de *nulidade absoluta* da decisão. A segunda, no entanto, a nulidade dependerá da análise do caso concreto²⁶⁵. Nas palavras de JOSÉ FREDERICO MARQUES,

“a motivação (art. 381, nº III) é de todo imprescindível, tanto mais que, adotado o princípio do livre convencimento, só a fundamentação pode evitar o arbítrio (art. 157) e dar a conhecer às partes de como se operou valoração das provas. A falta de

²⁶⁵ “A proposito di motivazione mancante, una distinzione va fatta, preliminarmente, tra ‘mancanza’ di motivazione e semplice ‘insufficienza’ di essa, distinzione imposta non solo dalla differenza ontologica – che, tutto sommato, è solo quantitativa – tra i due concetti, ma anche, e soprattutto, dalla diversità di conseguenze giuridiche processuali che si determinano a seconda che la motivazione sia mancante o soltanto insufficiente: nella prima ipotesi, il cui ‘ambitus’ dev’essere rigorosamente delimitato, la sentenza, come sappiamo, è nulla; nella seconda si provvede – lo abbiamo già rilevato – al procedimento di rettificazione e la sentenza mantiene la sua prima validità”. BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di diritto processuale penale**. 7 ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 429. [tradução da autora: “a propósito de motivação ausente, uma distinção é feita, preliminarmente, entre ausência de motivação e sua simples insuficiência, distinção imposta não só pela diferença ontológica – que, em última análise, é apenas quantitativa – entre os dois conceitos, mas também, e sobretudo, pela diversidade de conseqüências jurídico-processuais que se verificam segundo a motivação seja ausente ou apenas insuficiente: na primeira hipótese, cujo âmbito deve ser rigorosamente delimitado, a sentença, como sabemos, é nula; na segunda, ela é submetida – já ressaltamos – ao procedimento de retificação e a sentença mantém a sua plena validade”].

motivação constitui, assim, nulidade insuprível, não havendo outro meio para saná-la senão determinando ao juiz que profira nova decisão devidamente motivada”²⁶⁶.

No primeiro caso, constata-se a absoluta inexistência de um discurso de justificação, que pode ser representada tanto pela inexistência de qualquer texto ou ainda pela aparência de motivação, isto é, apresentação de um discurso que nada diz com a decisão. A primeira situação é facilmente identificável. Já a segunda muitas vezes passa despercebida, pois o julgador de regra se utiliza de modelos de decisão já existentes, em que reproduz afirmações genéricas e vazias de conteúdo, que bem podem ser aplicados às mais distintas situações, independentemente de um exame efetivo dos elementos do caso concreto. Ou então se utiliza daquilo que a doutrina chama de motivações tautológicas (ou que envolvem uma petição de princípio²⁶⁷), nas quais são apresentadas as próprias palavras da lei como se fossem as razões do convencimento judicial²⁶⁸ (exemplo clássico desta postura encontra-se nas decisões que decretam a prisão preventiva do acusado, em que de regra o magistrado ocupa-se em enumerar as hipóteses do art. 312 do CPP).

Ao lado das hipóteses de ausência de fundamentação, podem ser encontradas, ainda, os casos em que fundamentação há, mas é insuficiente. Nestes casos, a decisão carece, em última análise, da devida *integridade*, ou seja, não são objeto de justificação “*todos os elementos estruturais de cada particular decisão, como a escolha e interpretação da norma, os diversos estágios do procedimento de verificação dos fatos, a qualificação jurídica destes, etc., bem como os critérios (jurídicos, hermenêuticos, cognitivos, valorativos) que presidiram as escolhas do juiz em face de cada um desses componentes estruturais do procedimento decisório*”²⁶⁹.

A motivação será insuficiente quanto ao direito, aduz MARIA THEREZA GONÇALVES PERO, em quatro situações:

²⁶⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos...*, p. 429-430.

²⁶⁷ Sobre o conceito de petição de princípio, ver *supra* p. 37.

²⁶⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 186.

²⁶⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 175.

“quando o juiz não indica a norma ou princípio de que extraiu o argumento usado para chegar à decisão, toda vez que tal indicação não seja dedutível do contexto, ou restem dúvidas quando à indicação; quando houver mera indicação da norma sem sua interpretação, gerando dúvidas quanto aos motivos pelos quais o juiz a considerou incidente no caso; quando a decisão se baseia em mais de uma norma e nem todas – com a relativa interpretação – são indicadas, ou, finalmente, quando não são indicadas as razões da opção por uma norma em lugar de outra também aplicável à espécie”²⁷⁰.

No que se refere à motivação de fato, a Professora paulista enumera outros casos de insuficiência:

“a motivação em fato, por sua vez, será insuficiente quando o julgador não deixar claras as fontes de prova de que decorre o accertamento dos fatos, ou a indicação resultar obscura; quando, havendo nos autos diversos elementos probatórios, vertentes sobre o mesmo fato, faltar uma valoração conjunta e comparativa dos mesmos, sendo efetivamente considerados apenas alguns deles; e, finalmente, quando não se tiver claros os motivos que levaram o juiz a optar pela não assunção de uma determinada prova em detrimento de outra igualmente ou até mais relevante, ‘e, por consequência, tenha julgado e justificado o próprio convencimento com base em uma visão parcial do material probatório disponível’”²⁷¹.

Em suma, a decisão é insuficientemente justificada quando não analisa todas as teses e provas trazidas ao processo, em respeito ao contraditório, quando considera elementos que não se encontram nos autos, quando apresenta controvérsia entre os próprios argumentos utilizados, por exemplo entre a fundamentação e o dispositivo (o que a doutrina e a jurisprudência costumam chamar de “sentença suicida”) e ainda quando as conclusões relativas à análise de fato e de direito não dizem com os princípios gerais e valores protegidos pelo ordenamento jurídico (contradição externa).

Não se pode confundir, entretanto, insuficiência ou ausência de motivação com a fundamentação concisa, embora muitas vezes tal diferenciação seja bastante tênue e subjetiva, o que dá, sem sombra de dúvidas, ensejo ao erro judiciário. De qualquer maneira, tem-se entendido que a fundamentação sucinta não caracteriza nulidade da decisão, pois nestas hipóteses, ainda que de forma condensada, há sim

²⁷⁰ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação...**, p. 92.

²⁷¹ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação...**, p. 93-94.

análise dos elementos de prova, bem assim a valoração e solução das questões de fato e de direito trazidas ao processo. Não raras vezes, porém, os tribunais têm anulado decisões por conta de sua excessiva concisão, que acaba por despir a decisão de sua imprescindível clareza e racionalidade²⁷².

A doutrina e a jurisprudência reconhecem, ainda, casos em que não há, nos termos acima apresentados, vício da decisão pela ausência ou insuficiência de motivação, mas o discurso justificativo, de alguma forma, desobedece à garantia prevista no art. 93, IX, da Constituição da República. Em que pese essas situações ocorrerem com certa freqüência na realidade judiciária, fato é que os tribunais, infelizmente, apresentam uma postura de condescendência a esta prática, de certa forma “legitimando” a utilização de meios questionáveis de respeito à garantia constitucional.

Três são, basicamente, estas formas controvertidas de fundamentação: a motivação implícita, a motivação aliunde e a motivação *ad relationem*²⁷³. Na motivação implícita, a decisão conta com certas lacunas referentes a algum fato ou questão de direito, cuja superação, entretanto, entende-se possível “em virtude da relação lógica existente entre aquilo que ficou expresso no texto judicial e aquilo que também deveria ter sido objeto de justificação mas não foi”²⁷⁴. Exemplo clássico desta maneira de fundamentação, aceita sem problemas pelos tribunais, é o caso em que a decisão, acolhendo o pedido de uma das partes, não se manifesta com relação ao pedido contrário, que se supõe, implicitamente, afastado. Isso, no entanto, é bastante complicado, pois nem sempre um pedido é exatamente o contrário do outro, para que o acolhimento de um exclua necessariamente o outro. De regra, os pedidos contêm outros elementos, que devem ser examinados sob pena de nulidade da decisão. Assim,

²⁷² Neste sentido se manifestam GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 211-215.

²⁷³ Essa classificação triplíce quem faz é ROGÉRIO LAURIA TUCCI. ver: **Direitos e garantias...**, p. 273-274.

²⁷⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 197.

parece que a melhor saída é a não-admissão de motivação implícita, para que em nenhum momento haja dúvidas sobre a efetiva motivação da decisão judicial. Até porque os tribunais e muito menos as partes e o resto da sociedade não têm obrigação de adivinhar aquilo que está implícito no discurso judicial; pelo contrário, a motivação é exigida justamente para que todos conheçam efetivamente as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma.

Outra forma questionável de fundamentação é a chamada motivação aliunde, na qual se faz simples menção a atos, documentos, produzidos *em outro processo*. E, por fim, a fundamentação *ad relationem* ou *per relationem*. Nestes casos a decisão também é lacunosa, mas a sua integração não se encontra através da análise de seu próprio conteúdo, senão que através do conteúdo de um outro documento, porém constante do mesmo processo – uma decisão anterior, as alegações de uma das partes, entre outros. Embora de fato exista uma verdadeira sobrecarga de serviço para os juízes, aceitar este tipo de conduta é efetivo convite a prolatação de decisões carentes de fundamentação, não só porque a remissão a um outro documento pode deixar de fora a análise de uma ou outra questão importante para a solução do caso penal, inclusive aquelas que podem ser reconhecidas de ofício e não foram alegadas por nenhuma das partes, mas também porque pode fazer remissão a uma outra decisão, por exemplo, não fundamentada ou de fundamentação insuficiente. Com efeito, não há nenhum problema em se acatar as mesmas razões de uma anterior decisão, já devidamente enfrentada pelo julgador, ou até mesmo das razões apresentadas por uma das partes, todavia, por prudência e respeito à garantia constitucional, deve o magistrado ter o cuidado de transcrever expressamente os pontos por ele aceitos e incorporados à decisão, juntamente com outros pontos que fazem parte de sua pessoal justificação²⁷⁵.

²⁷⁵ Para maiores detalhes destas duas formas de fundamentação, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades...*; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...* e PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação...*

Todos esses vícios de motivação acima apresentados configuram, em última análise, uma falta de justificação. E, como visto, a justificação, a argumentação, pressupõe, de regra, uma atitude positiva do julgador em falar ou escrever as razões de seu convencimento. Porém, nestes casos de desobediência da exigência de motivar, o que se tem é exatamente uma atitude negativa por parte do magistrado, pois silencia quanto ao seu dever de fundamentar suas decisões. Isto, no entanto, não descaracteriza o discurso retórico de motivação, pois o silêncio, para CHAÏM PERELMAN, não passa de uma forma de acordo referente às premissas²⁷⁶. O silêncio também fala, e por vezes é muito mais expressivo que a própria fala. Como afirma BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS:

“à primeira vista, o silêncio é um não-tema, ou, o que é o mesmo, um tema trivial, pois que, sendo o silêncio apenas um vazio caótico entre as palavras faladas, não pode por isso ser analisado em si mesmo, mas tão só em termos das palavras que, pela ausência, o criam. (...) Basta reter para os objectivos do presente trabalho que o silêncio, longe de ser um vazio caótico, é uma realidade comunicativa estruturante, contida pela linguagem tal como esta é contida pelo silêncio. (...) Tal como acontece com as palavras, também com o silêncio não só se dizem coisas como se fazem coisas e neste sentido o silêncio é um acto de fala...”²⁷⁷.

Consoante aduz o Professor português, o poder do juiz também pode ser medido através da “ausência de intervenções verbais, isto é, pelo uso autónomo e controlado do silêncio, podendo até suceder que o poder seja tanto maior quanto maior for o silêncio”²⁷⁸. E continua:

“a articulação fala/silêncio permite captar os diferentes ritmos temporais a que é submetido, em diferentes momentos, o processamento do litígio. Tais ritmos são fundamentalmente os ritmos do discurso jurídico e neles se condensam as múltiplas negociações em que os participantes intervêm ao longo do desenrolar do processo. O tempo dos actos discursivos é a chave da inteligibilidade do discurso no seu todo, pois, como se sabe, o tempo é o irmão da retórica, tal como o espaço é irmão da lógica apodítica”²⁷⁹.

²⁷⁶ Sobre o acordo relativo às premissas, ver *supra*, p. 40 e seguintes. Para maiores detalhes sobre o silêncio no direito, ver: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité...*, p. 145-146. [Tradução brasileira: *Tratado...*, p. 122-123].

²⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 37-38.

²⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso...*, p. 38.

²⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso...*, p. 40.

2.6. O problema da efetividade da garantia constitucional

O art. 93 da Constituição Federal, em seu *caput*, dispõe que “lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Tecnicamente, então, a exigência de motivação das decisões é verdadeiro *princípio constitucional*, e, como tal, por sua própria natureza, evidencia mais do que um comando genérico estampado em uma norma ou uma norma constitucional. Ele expressa opção política fundamental, refletem a escolha de valores éticos e sociais como fundantes de uma noção de Estado e de Sociedade. Em verdade, todos os princípios constitucionais

“não expressam somente uma *natureza jurídica*, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico. Porém, expressam *uma natureza política, ideológica e social, normativamente predominante, cuja eficácia, no plano da práxis jurídica* – entendida como concretização do Direito no sentido mais amplo possível –, alcança, muito além dos procedimentos estatais (*judicialistas*, legislativos e administrativos), até a organização política dos mais diversos segmentos sociais, como os movimentos populares, sindicatos e partidos políticos, etc.”²⁸⁰

Mais do que isso, encerra o art. 93, IX, verdadeiro *princípio-garantia*, que, na concepção de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, trata-se de princípio que tem por objetivo instituir, *direta e imediatamente*, uma *garantia* aos cidadãos. Por conta disso, é-lhe “atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”²⁸¹. E, segundo RUY SAMUEL ESPÍNDOLA,

²⁸⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 75-76.

²⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 1041.

“exemplos desses princípios-garantia, que guardam bastante proximidade com a teoria e dogmática dos direitos fundamentais, são os princípios de *nullum crimen nulla poena sine lege* (art. 5º, XXXIX), princípio do juiz natural (art. 5º, LIII c/c XXXVII), princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), entre outros”²⁸². Por isso o hábito de se referir sempre à exigência de motivação como verdadeira garantia constitucional.

Assim, o dever de fundamentar, enquanto princípio, deve ser imediatamente aplicado a todo o ordenamento jurídico, bem assim, enquanto garantia, sempre deve comportar uma interpretação extensiva e jamais restritiva, a não ser quando o próprio texto constitucional prever restrições. No caso da exigência de motivação, ao contrário, o texto constitucional é bastante claro quando diz que *todos* os julgamentos serão fundamentados.

Há que se ressaltar, aqui, que o texto constitucional refere-se a decisões, isto é, a atos jurisdicionais que apresentam conteúdo decisório, não abrangendo, portanto, os despachos de mero expediente, pois, como visto outrora, não há que se falar em justificação se não há decisão. Por isso é que se afirma que todas as decisões devem ser fundamentadas. Na opinião de ROGÉRIO LAURIA TUCCI, os provimentos jurisdicionais, “sejam eles finais, sejam interlocutórios, devem ser devidamente fundamentados, representando a falta de fundamentação afronta à garantia da motivação, e, portanto, causa de nulidade insanável”²⁸³.

De qualquer forma, “ao dizer que *serão fundamentadas ‘todas’ as decisões*, a Constituição não expressa apenas a extensão do dever de fundamentar; mais do que isso, prescreve um único *modelo* de decisão judicial – *a decisão fundamentada* -, em que a exigência de motivação deve condicionar o próprio raciocínio decisório”²⁸⁴.

²⁸² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito...**, p. 222.

²⁸³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias...**, p. 269.

²⁸⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 115.

Porém, e infelizmente, a prática judiciária demonstra uma realidade bem distinta. Durante todo este trabalho, em vários momentos o que se procurou demonstrar foi a relação entre a argumentação, a retórica e o discurso judicial, desde os seus elementos até os seus resultados. E o que (espera-se) se pôde concluir é que o discurso judicial é sempre manipulado, com vistas a obter presunção de legitimidade e legalidade perante toda a sociedade. Por vezes, raras vezes, essa manipulação é destinada ao bem, isto é, a argumentação é realizada para justificar uma decisão honesta, justa, de acordo com os parâmetros legais e morais. Mas na maioria das vezes, sem dúvida, essa manipulação é utilizada para forjar, como visto, decisões judiciais no mínimo obscuras e questionáveis.

Esta construção falsa do discurso judicial, como visto anteriormente, pode ser dar desde uma atitude positiva, de fala, do julgador - a interpretação da lei a ser aplicada no caso concreto, o exame da prova colhida no processo (quando é colhida), a referência a fundamentações anteriores (aliunde ou *per relationem*) – até uma atitude negativa, de silêncio, do magistrado – quando deixa, por completo, de apresentar as razões de seu convencimento ou as apresenta de forma insuficiente.

Em assim sendo, se na maioria das vezes o juiz forma o seu convencimento baseado em motivos escusos, sejam eles quais forem, e mesmo assim fundamenta a sua decisão de tal forma que consiga forjar um convencimento lícito, então a garantia constitucional da motivação das decisões não está, em absoluto, sendo respeitada. Ora, a garantia não está aí para assegurar apenas a fundamentação formal das decisões – motivar só para motivar. Pelo contrário, a proposta é exatamente outra. A garantia surgiu, é verdade, com o objetivo único de controlar a atividade dos magistrados desde um ponto de vista político. Porém, com o passar do tempo, ela evoluiu para ser também significado de um processo penal (e civil), sobretudo, humano, ligado à ideologia de um Estado Democrático de Direito e também ao absoluto respeito às partes e à sociedade.

Vale ressaltar que a exigência de motivação das decisões não pretende evitar que o magistrado forme seu convencimento apenas com os elementos dos autos, o que é impossível num sistema processual baseado no livre convencimento e em se tratando o juiz de um ser humano. Entretanto, a garantia procura amenizar os possíveis arbítrios que podem ocorrer deste mesmo livre convencimento, através da exigência de que o juiz demonstre objetivamente as razões que o levaram a decidir de uma determinada forma. Como bem diz ADAUTO SUANNES,

“claro que o Estado, enquanto julgador, se materializa em seres humanos. E é evidente que esses seres humanos têm sua história, com sua formação pessoal e profissional sujeita a inúmeros fatores, quer de ordem familiar, quer de ordem cultural ou mesmo de ordem conjuntural. Justamente por isso, há que se dotar o processo de mecanismos que tornem, se não impossível, pelo menos muito remoto que o juiz traga para o processo apenas e tão somente seu enfoque pessoal, divorciado dos elementos objetivos reunidos sob o rótulo de ‘provas’”²⁸⁵.

E de tudo isso o que mais espanta é a convivência dos tribunais aos manifesto desrespeito à garantia constitucional. Vez ou outra, é verdade, cumprem o seu dever e anulam as decisões carentes de fundamentação. Outras, porém, firmam jurisprudência no sentido de que a motivação, em alguns casos, é dispensável, em afronta gritante ao claríssimo mandamento constitucional.

Como clássico exemplo dessa conduta equivocada, para não dizer repugnante, tem-se a desnecessidade de fundamentação das decisões que recebem a denúncia ou a queixa-crime, mantendo-se a praxe existente antes da Constituição de 1988. Segundo ANTONIO SCARANCE FERNANDES, “fundam-se os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal”, ironicamente a Corte Constitucional, “entre outros, nos seguintes argumentos: primeiro, não há decisão, mas simples despacho; segundo, ainda que se veja aí uma decisão, não tem carga decisória como têm as

²⁸⁵ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos...**, P. 219.

sentenças condenatórias ou absolutórias; e, por fim, a exigência constitucional não atinge todas as decisões”²⁸⁶.

Como se pode ver, os argumentos utilizados são, no mínimo, absurdos. Viu-se anteriormente que a exigência da motivação estende-se sim a todas as decisões judiciais, sem exceções. A polêmica maior, no entanto, encontra-se na dúvida sobre a natureza do ato jurisdicional que recebe a denúncia ou a queixa-crime.

Há quem entenda que o provimento jurisdicional de recebimento da acusação é mero despacho ou ainda decisão interlocutória simples que, além de não ter a sua fundamentação exigida pela lei processual, é irrecorrível e, inclusive, dispensável, vez que se admite até mesmo o recebimento implícito da inicial acusatória.

Tal assertiva, no entanto, não procede. Ao receber a denúncia ou a queixa, o juiz penal analisa (ou deveria analisar) os requisitos da inicial, as condições da ação (justa causa, tipicidade aparente, punibilidade concreta e legitimidade das partes), as condições de procedibilidade quando exigidas, e, para a doutrina de vanguarda, até a qualificação jurídica do fato imputado, com vistas a evitar futuros prejuízos ao acusado (por exemplo, a qualificação jurídica equivocada pode impedir a suspensão condicional do processo ou a adoção de procedimento outro que não o correto). Não há como negar, então, que ao traçar tais diretivas a serem observadas pelo magistrado, a lei processual está a determinar um verdadeiro modelo de decisão, “em que são estabelecidos os temas que devem ser objeto de cognição judicial nesse momento procedimental de graves repercussões para o acusado”²⁸⁷. Há sim decisão judicial e, como tal, deve ser fundamentada, em obediência ao mandamento constitucional.

²⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121.

²⁸⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 208.

Com efeito, o recebimento arbitrário da peça acusatória configura verdadeiro desrespeito à dignidade humana, muitas vezes com consequências irreparáveis ao indivíduo acusado. JOSÉ FREDERICO MARQUES, com absoluta propriedade, afirma que “o processo penal atinge o *status dignitatis* do acusado. Em vários casos, este sacrifício é exigido, como acontece sempre que o réu é absolvido, no interesse do bem comum. Todavia, se nem o *fumus boni iuris* pode descobrir-se, para alicerçar a peça acusatória, seria iníquo que o juiz permanecesse impassível e, como simples autômato, fosse recebendo a denúncia ou queixa”²⁸⁸.

O recebimento de uma inicial acusatória é grave demais para ser tratado com tanta impropriedade pelos tribunais, em evidente ofensa ao texto constitucional. E, para piorar a situação, de maneira inexplicável, a praxe judiciária determina que o *não recebimento* da denúncia ou da queixa seja devidamente fundamentado. Em outras palavras, é gritante, e sem qualquer fundamento, a desigualdade de tratamento entre o Estado e o particular diante de um caso penal.

²⁸⁸ MARQUES, José Frederico. **O recebimento da denúncia**. Estudos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 147.

Conclusões

01. CHAÏM PERELMAN foi um estudioso de inegável importância especialmente para a Filosofia do Direito, que, com a elaboração da Teoria da Argumentação, a “nova retórica”, contribuiu sobremaneira para a retomada dos estudos sobre a retórica e argumentação.

02. A elaboração da Teoria da Argumentação, juntamente com LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, significou uma verdadeira ruptura com o paradigma de razão que vigorava no pós-guerra, fundada em DESCARTES, para se ocupar de uma noção prática de razão, fundada principalmente na argumentação racional.

03. Seis são as categorias elementares da Teoria da Argumentação de CHAÏM PERELMAN, cujo conhecimento é imprescindível para a compreensão da sua proposta teórica: argumentação, contato dos espíritos, auditório, persuadir e convencer, efeitos da argumentação e acordo.

04. A argumentação, ao contrário da demonstração, terá sempre lugar no âmbito do que é plausível, da opinião; seus axiomas serão escolhidos pelo orador, que justificará a sua escolha, e estes axiomas nem sempre serão aceitos pelo auditório – eles serão discutidos (o que não ocorre na demonstração, em que os axiomas são previamente dados e indiscutíveis); além disso, a argumentação ocorrerá sempre dentro de um contexto histórico, novamente em oposição à demonstração, em que as premissas são atemporais.

05. Toda argumentação, para CHAÏM PERELMAN, pressupõe a existência do contato entre espíritos, representado pela interação entre o orador e seu auditório (ainda que se trate de deliberação íntima): a ação do orador tende a suscitar uma outra ação, a do

ouvinte, na medida em que a adesão desejada pode se traduzir em uma outra ação ou, ao menos, em uma disposição à ação.

06. O auditório é o elemento central da teoria perelmaniana. Trata-se do conjunto daqueles que o orador pretende influenciar com a argumentação. Mas não se trata de um auditório meramente contemplativo do discurso do orador – o auditório tende à adesão ao discurso a ele apresentado. Três são os tipos de auditório apresentados pelo autor: auditório universal (composto por toda a humanidade, ou, pelo menos, por todos os homens adultos e normais), o auditório composto por um único ouvinte (que se forma mediante o diálogo com um interlocutor apenas) e a deliberação consigo mesmo (a reflexão íntima do indivíduo sobre um determinado tema). Embora não o mencione como um tipo de auditório, em vários momentos o autor se refere ao auditório particular (parcela do auditório universal, que, em virtude de algum traço comum entre os indivíduos, acabam por formar um grupo à parte).

07. As críticas concentram-se especialmente na noção de auditório universal. MANUEL ATIENZA entende que, de uma forma geral, a teoria de CHAÏM PERELMAN peca pela absoluta falta de clareza de todos os seus conceitos centrais, verificada também na noção de auditório universal. Para ele, é antes uma intuição feliz do que um conceito cuidadosamente elaborado. ROBERT ALEXANDER entende ser o auditório universal uma noção ideal e carrega a idéia de que a composição desse auditório depende da idéia de cada um e também da cultura em que se está inserido. Pode-se, ainda, encontrar na teoria perelmaniana uma outra noção de auditório universal, que está ligada ao imperativo categórico de IMMANUEL KANT, ocasião em que se pode igualar o conceito perelmaniano ao consenso de JURGEN HABERMAS, alcançado sob condições ideais.

08. Persuadir é diferente de convencer, embora seja tênue tal distinção. Ora persuadir é mais do que convencer, ora o contrário. Para o orador que se preocupa apenas com o resultado da argumentação, persuadir é mais que convencer. Em contrapartida, para o

orador que se preocupa com o caráter racional da adesão, convencer é mais que persuadir – este último caso é que se deve verificar na argumentação, pois a adesão do auditório deve se dar sempre de uma forma consciente. Assim, para CHAÏM PERELMAN, a argumentação persuasiva objetiva valer apenas para auditórios particulares, ao passo que a argumentação convincente só pode valer para o auditório universal. Pensar assim, no entanto, significa admitir que um determinado discurso seja capaz de convencer uma humanidade inteira, o que, na prática, sabe-se evidentemente impossível, tal como sabia o próprio Professor de Bruxelas, quando afirma que apenas se pode pretender a adesão do auditório universal.

09. Os efeitos da argumentação são verificados pelo grau de adesão do auditório ao discurso. E tal eficácia é determinada pela adaptação do orador ao auditório, que vai se dar essencialmente através das teses escolhidas para exposição. Por essa razão é que se entende ser a petição de princípio um erro de argumentação.

10. O acordo é de fundamental importância para a argumentação, pois tanto o desenvolvimento quanto o ponto de partida da argumentação pressupõem a existência do acordo do auditório. Vale dizer, o acordo é que rege a argumentação do início ao fim: para iniciar, o orador, adaptando-se ao auditório, vai se utilizar dos argumentos passíveis de admissão pelos ouvintes; no decorrer da argumentação, de acordo com a reação do auditório, o orador vai modificar ou não a sua técnica argumentativa, com vistas sempre ao seu objetivo maior, qual seja, a adesão, o acordo do auditório, não sendo suficiente apenas a utilização de uma linguagem comum. Para isso é que se podem relacionar três ordens de acordo: o acordo relacionado à natureza das premissas (objetos de acordo do real – fatos, verdades e presunções - e objetos de acordo preferível – valores, hierarquias e lugares do preferível), o acordo relacionado à escolha das premissas e o acordo relacionado à apresentação das premissas.

11. Há três espécies de argumentos que, segundo CHAÏM PERELMAN, podem ser verificados na argumentação: os argumentos quase-lógicos, os argumentos baseados na

estrutura do real e os argumentos que fundam a estrutura do real, classificação esta obscura e inútil para MANUEL ATIENZA e não muito precisa para ROBERT ALEXANDER.

12. As formas de ligações argumentativas, através das quais certos elementos, que a princípio eram independentes, acabam se tornando um conjunto, agrupando-se de forma solidária com vistas à formação de um grupo coeso de argumentos que objetivam a adesão do auditório. Vale dizer, os elementos isolados formarão sempre um *todo* e tais elementos, por isso, estarão em constante *interação*, em diversos planos: interação entre diversos argumentos enunciados, interação entre estes e o conjunto da situação argumentativa, entre estes e a sua conclusão e, enfim, interação entre os argumentos contidos no discurso e aqueles que têm este último por objeto. Assim, o orador deverá obrigatoriamente levar em consideração toda a estrutura da interação dos argumentos, que se iniciará, sempre, pela escolha dos raciocínios que irá utilizar. Após, vai lançar mão desses argumentos através de vários instrumentos, dentre eles a força dos argumentos, que dependerá sempre da adesão do auditório às premissas, da pertinência destas, da ligação de proximidade ou de distância que terão com a tese a ser defendida e também dos questionamentos que poderão ser feitos a elas e a possibilidade de refutação desses questionamentos.

13. Nem sempre existirá, entretanto, a interação dos argumentos. Em alguns momentos, o que se poderá verificar é exatamente o oposto: a *dissociação* dos raciocínios (também uma técnica argumentativa). Os argumentos se apresentam, assim, ora sob forma de uma ligação, que permite transferir para a conclusão a adesão às premissas, ora sob forma de uma dissociação, que visa a separar os elementos, que pela linguagem ou por uma tradição reconhecida, foram antes ligados uns aos outros.

14. O lugar por excelência da argumentação jurídica é a decisão judicial, a qual não passa, em suma, de uma tentativa de persuasão, além de garantia do juiz contra a sua própria mente.

15. A retórica apresentou, ao longo da história da humanidade, momentos de glória e de decadência. Atualmente, verifica-se um crescente espaço assumido pela filosofia da linguagem, razão pela qual se dá novamente importância aos estudos sobre a retórica, agora como técnica de argumentação, persuasão e apresentação, especialmente no início do século XX.

16. Atualmente, a retórica pode ser compreendida em dois sentidos: a retórica das figuras, que tem por objeto o estudo da produção literária, e a retórica dos conflitos, que tem por objeto o estudo dos meios discursivos voltados para a adesão do auditório. A primeira tem como expoente máximo PAUL RICOEUR e a segunda, CHAÏM PERELMAN.

17. Na evolução histórica do dever de motivar as decisões, pode-se observar momentos de avanço e de refluxo quanto à exigência do cumprimento de tal dever, sendo certo que é a partir da Revolução Francesa que adquire seus contornos mais definidos. Além disso, só adquire *status* de garantia constitucional a partir do século XX.

18. Como garantia política (aspecto extraprocessual), o dever de motivação das decisões está intrinsecamente ligado à idéia de controle democrático difuso da administração da justiça, uma vez que possibilita o controle posterior dos atos judiciais pela sociedade, obrigando o magistrado a apresentar à opinião pública um discurso racional e dotado de certa coerência.

19. Como garantia processual (aspecto endoprocessual), o dever de motivar as decisões é instrumento para fazer valer todas as outras garantias processuais, pois é apenas através da exposição de seus motivos que o juiz torna efetiva a obediência ao devido processo legal e a constatação de que o processo foi conduzido e o caso penal acertado por um julgador independente e imparcial e todas as questões surgidas no processo foram por ele analisadas.

20. Motivação não pode ser confundida com motivo, embora muitas vezes a própria lei faça tal confusão. É bem verdade que tais expressões contam com inúmeros significados na linguagem comum e na linguagem jurídica. Entretanto, para efeitos desta análise, *motivo* (ou fundamento) é todo elemento de caráter objetivo (de fato ou de direito) capaz de ser considerado pelo magistrado na formação de suas decisões. Por outro lado, *fundamentação* (ou motivação) é a expressão ou explicitação dos motivos de um negócio jurídico ou de um provimento. Também não se deve confundir decisão e motivação. A *decisão*, em síntese, consiste na primeira etapa do raciocínio judicial, em que se escolhe (com base em elementos jurídicos – de fato e de direito -, mas também em elementos extrajurídicos – morais, políticos e ideológicos, etc.) uma saída para o caso, entendendo ser ela a melhor. Já a *motivação* configura-se como uma segunda etapa do raciocínio judicial, na qual se procura legitimar, validar, a escolha feita anteriormente. A motivação, então, está relacionada com a justificação da decisão: ela é um discurso justificativo da decisão judicial. Ela não só compreende a indicação dos motivos que levaram a tal decisão, mas também, e sobretudo, a explicitação das razões que justificam a escolha realizada. A motivação, enquanto justificação, presta-se a demonstrar a justiça e a racionalidade da decisão.

21. O modelo retórico de racionalidade utilizado para justificar a decisão, ao que parece, é o que deve prevalecer. É o modelo que mais corresponde à realidade atual da atividade judicial. Ele sugere esquemas lógicos de justificação distintos e muito mais completos, conforme as particularidades do procedimento decisório e das suas diferentes fases.

22. A estrutura da motivação pode ser dividida em duas “fases”: a motivação de direito e a motivação de fato.

23. A motivação de direito não significa apenas a mera indicação do dispositivo legal a ser aplicado. Não se trata de simples tarefa de subsunção, por três razões: a um porque

atualmente vigoram diversos estatutos normativos (códigos e infinitas legislações especiais) muitas vezes ambíguos e contraditórios entre si, e a escolha do direito a ser aplicado no caso concreto se tornou deveras mais complicada. A dois porque na atual perspectiva do direito a Constituição é a fonte maior de direitos e obrigações e toda legislação infraconstitucional deve, necessariamente, ser lida à luz do texto constitucional. A três porque a aplicação do direito exige que a escolha da regra a ser aplicada e sua interpretação sejam realizadas dentro de um contexto prático.

24. A interpretação do direito ainda hoje é um dos grandes problemas enfrentados pelos operadores jurídicos, pois é manipulada (ou manipulável) e, de forma alguma, uniforme. Em suma, quanto à tarefa de interpretação, a superação do formalismo é indispensável à construção de uma hermenêutica material, que aceite a existência de opções valorativas sobre os dados de fato e de direito por parte do juiz. Para isso, o trabalho a ser realizado pelo operador do direito, em especial o juiz, *precisa ser criativo*. E a criatividade do juiz, ao contrário do que se possa pensar, não exclui e tampouco afasta a segurança jurídica, como temem os formalistas.

25. De regra, o que se percebe das decisões é que não só há uma certa tendência em se *aceitar* a ideologia dominante em um determinado momento (seja ela correta ou incorreta, absurda ou não - não se questiona), bem como, aliás, procura-se exatamente *manter* um determinado padrão nas decisões judiciais quanto à interpretação dos textos legais.

26. Muito pouca importância se dá à análise dos fatos pelo juiz. Porém, este é exatamente o momento mais perigoso da decisão, tendo em vista que aqui a subjetividade pode ser notada em seu grau máximo, embora a análise da prova seja realizada com base no livre convencimento. Vale dizer, ao contrário do que acontece com a interpretação da lei, muito mais controlada pela sua razoabilidade, o exame dos fatos, pode-se dizer, é praticamente desprovido de qualquer controle, tal como a decisão tomada pelo conselho de sentença, em um julgamento pelo Tribunal do Júri.

27. O juiz deve justificar sua decisão tanto com relação ao direito a ser aplicado ao caso concreto, interpretando-o e não apenas indicando o artigo da lei, como também com relação aos fatos trazidos no processo através das provas ali produzidas, valorando-as e indicando as razões de ter optado pela prevalência de alguns fatos sobre outros para a construção do seu convencimento.

28. Em que pese a fundamentação das decisões judiciais não se resumir apenas ao silogismo retórico, fato é que a racionalidade prevalecente no momento da motivação da decisão é a argumentativa, tanto quanto aos fatos, como no que se refere ao direito. Muitas vezes, no entanto, a argumentação e a retórica são utilizadas em seu sentido mau, ou seja, servem para esconder as decisões tomadas de forma arbitrária pelos juízes. Estes, então, para escamotear a sua decisão, vão motivá-las através da manipulação de seu discurso, que poderá ser feita tanto com relação ao direito quanto à prova produzida (ou não) no processo penal.

29. Diante de todas as considerações realizadas, parece inviável falar-se em auditório universal não só para a argumentação jurídica, mas para todo o tipo de argumentação. Por outro lado, há que se reconhecer que a argumentação pressupõe sempre a adesão de um auditório e também na argumentação jurídica não se pode negar a existência de um auditório que será convencido ou persuadido pelo orador (juiz ou legislador). Assim, mais especificamente nas hipóteses de argumentação judicial, parece correto, então, reconhecer que ela se destina a auditórios particulares (por exemplo, a comunidade jurídica e a comunidade local, em cujo seio o crime foi cometido), a um auditório de um único ouvinte (o réu, embora este não possa interagir, em absoluto, com o julgador) e, por que não, à deliberação íntima, vez que o próprio juiz deve se convencer da decisão que tomou.

30. Há, na atividade judicial de motivação das decisões, hipóteses em que se verifica a ausência de motivação e insuficiência de motivação, que não se confundem, no entanto, com motivação concisa.

31. Todos os vícios de motivação configuram, em última análise, uma falta de justificação. E, como visto, a justificação, a argumentação, pressupõe, de regra, uma atitude positiva do julgador em falar ou escrever as razões de seu convencimento. Porém, nestes casos de desobediência da exigência de motivar, o que se tem é exatamente uma atitude negativa por parte do magistrado, pois silencia quanto ao seu dever de fundamentar suas decisões. Isto, no entanto, não descaracteriza o discurso retórico de motivação, pois o silêncio, para CHAÏM PERELMAN, não passa de uma forma de acordo referente às premissas e para BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS muitas vezes é mais expressivo do que a própria fala.

32. O art. 93, IX, da Constituição República encerra verdadeiro *princípio-garantia*, isto é, princípio que tem por objetivo instituir, *direta e imediatamente*, uma *garantia* aos cidadãos. Assim, o dever de fundamentar, enquanto princípio, deve ser imediatamente aplicado a todo o ordenamento jurídico, bem assim, enquanto garantia, sempre deve comportar uma interpretação extensiva e jamais restritiva, a não ser quando o próprio texto constitucional prever restrições. No caso da exigência de motivação, ao contrário, o texto constitucional é bastante claro quando diz que *todos* os julgamentos serão fundamentados (leia-se: todas as decisões, com exceção dos despachos de mero expediente).

33. Na maioria das vezes o juiz forma o seu convencimento baseado em motivos escusos, sejam eles quais forem, e mesmo assim fundamenta a sua decisão de tal forma que consiga forjar um convencimento lícito. Então a garantia constitucional da motivação das decisões não está, em absoluto, sendo respeitada. Ora, a garantia não está aí para assegurar apenas a fundamentação formal das decisões – motivar só para motivar. Pelo contrário, a proposta é exatamente outra. A garantia surgiu, é verdade,

com o objetivo único de controlar a atividade dos magistrados desde um ponto de vista político. Porém, com o passar do tempo, ela evoluiu para ser também significado de um processo penal (e civil), sobretudo, humano, ligado à ideologia de um Estado Democrático de Direito e também ao absoluto respeito às partes e à sociedade.

34. O que mais espanta é a convivência dos tribunais aos manifesto desrespeito à garantia constitucional. Vez ou outra, é verdade, cumprem o seu dever e anulam as decisões carentes de fundamentação. Outras, porém, firmam jurisprudência no sentido de que a motivação, em alguns casos, é dispensável, em afronta gritante ao claríssimo mandamento constitucional. Exemplo clássico de tal conduta é a desnecessidade de fundamentação das decisões que recebem a denúncia ou a queixa-crime.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
2. ADEODATO, João Maurício. **O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife, n. 9, p. 135-156, 1998.
3. ALEXYY, Robert. **Problemas da teoria do discurso**. Anuário do Mestrado em Direito, Recife, n. 05, p. 87-105, 1992.
4. _____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva) São Paulo: Landy, 2001.
5. _____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
6. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
7. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.
8. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
9. _____. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1989.
10. _____. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: SAFE, 1983.
11. BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, v. XXXIX, n. 163, p. 175-185, julho-agosto-setembro 1991.
12. BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di diritto processuale penale**. 7 ed. Milano: Giuffrè, 1982.
13. BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

14. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
15. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) Porto Alegre: SAFE, 1999.
16. CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana Galera; ÉLER, Karen. **Teoria e prática da argumentação jurídica – lógica e retórica**. Curitiba: Juruá, 1999.
17. CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1961.
18. _____. **Verdade, dúvida e certeza**. (trad. Eduardo Cambi) *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, *Gênesis*, n. 9, p. 606-609, julho/setembro 1998.
19. _____. **Verità, dubbio, certezza**. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, v. XX, p. 4-9, 1965.
20. CATTONI, Marcelo. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2001.
21. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
22. CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.
23. _____. **Procedura penale**. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1995.
24. COUTINHO, Jacinto Nelson de. **O papel do novo juiz no processo penal**. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03-55.
25. _____. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, Ed. da UFPR, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.
26. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. Padova: CEDAM, 1999.
27. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
28. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1981.

- 29.ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
30. ESTRAMPES, M. Miranda. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- 31.FARIA, José Eduardo. **Retórica e ideologia: as conexões entre o direito e a política**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 324-342.
- 32.FAYET, Ney. **A sentença criminal e suas nulidades**. 5 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- 33.FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 34.FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
35. _____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- 36.FONSECA, Ricardo Marcelo. **A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault**. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 17, p. 570-585, julho/setembro 2000.
- 37.GALLEGO, Fernando Estrada. **Teoría de la argumentación y sentido común**. Revista UIS- Humanidades, Bucaramanga, v. 26, n. 2, p. 133-140, julio/diciembre 1997.
- 38.GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 39.GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 27, p. 71-80, 1999.
40. _____. ; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

41. HAARSCHER, Guy. **Le procès chez Perelman**. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, v. 39, p. 389-419, 1995.
42. IJSSELING, Samuel. **Rhétorique et philosophie – Platon et les sophistes, ou la tradition métaphysique et la tradition rhétorique**. Revue Philosophique de Louvain, Louvain, Éditions de l'Institut Supérieur de Philosophie, v. 74, n. 22, p. 193-210, mai 1976.
43. KALINOWSKI, Georges. **Le rationnel et l'argumentation – a propos du «Traité de l'argumentation» de Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca**. Revue Philosophique de Louvain, Louvain, Éditions de l'Institut Supérieur de Philosophie, v. 70, n. 7, p. 404-418, août 1972.
44. LEGROS, Robert. **Le “saut périlleux” de Chaïm Perelman**. Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, Centre de Publications de l'Université de Caen, n. 20, p. 151-163, mai 1991.
45. LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. 13 ed. Napoli: Jovene, 1988.
46. _____. **Tratado de derecho procesal penal**. (trad. Santiago Santís Melendo) Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1993.
47. LIMA, Paulo Francisco Butti de. **História e retórica na grécia clássica**. Discurso – Revista do Departamento de Filosofia da USP, p. 171-186, 1993.
48. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. v. I. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1996.
49. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. (trad. Paolo Capitanio) 2 ed. Campinas: Bookseller, 2001.
50. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
51. MÉNDEZ, Francisco Ramos. **El proceso penal: lectura constitucional**. 3 ed. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1993.
52. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

53. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
54. ORAA, José María Aguirre. **Raison critique ou raison herméneutique?** Revue Philosophique de Louvain, Louvain, Éditions de l'Institut Supérieur de Philosophie, v. 91, n. 91, p. 409-440, août 1993.
55. PATTI, Salvatore. **Libero convincimento e valutazione delle prove**. Rivista di diritto processuale, Padova, CEDAM, a. XL, n. 3, p. 481-519, luglio/settembre 1985.
56. PAVIANNI, Jayme. **Platão: a retórica e o texto oral e escrito**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, n. 174, p. 209-219.
57. PELLINGRA, Benedetto. **La motivazione della sentenza penale**. Milano: Giuffrè, 1985.
58. PERELMAN, Chaïm. **Droit, logique et épistémologie**. XXIX^e Semaine de Synthèse: Le droit, les sciences humaines et la philosophie. Paris: Vrin, 1973, p. 227-240.
59. _____. **Droit, morale et philosophie**. 2 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.
60. _____. **Ética e direito**. (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 2000.
61. _____. **Jugement, règles et logique juridique**. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, v. 28, p. 315-322, 1983.
62. _____. **Justice et raison**. 2 ed. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1972.
63. _____. **L'empire rhétorique: rhétorique et argumentation**. 3 ed. Paris: Vrin, 1997.
64. _____. **La giustizia**. Torino: G. Giappichelli, 1958.
65. _____. **La preuve en droit, essai de synthèse**. La preuve en droit. (org. Chaïm Perelman e Paul Foriers) Bruxelles: Bruylant, 1981, p. 357-364.
66. _____. **Le raisonnable et le déraisonnable en droit**. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, v. 23, p. 35-42, 1978.

67. _____. **Le raisonnable et le déraisonnable en droit: au delà du positivisme juridique.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.
68. _____. **Le problème des lacunes en droit.** Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse. (org. Chaïm Perelman) Bruxelles: Bruylant, 1968, p. 357-364.
69. _____. **Les conceptions concrete et abstraite de la raison et de la justice.** Fondements d'une théorie de la justice. (org. Jean Ladrière e Philippe Van Parijs) Paris: Vrin, 1984, p. 195-211.
70. _____. **Logica giuridica: nuova retorica.** Milano: Giuffrè, 1979.
71. _____. **Retóricas.** (trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira) São Paulo: Martins Fontes, 1999.
72. _____. **Sens et categories en histoire.** Les catégories en histoire. (org. Chaïm Perelman) Bruxelles: Editions de l'Institut de Sociologie, p. 133-147.
73. PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul (org). **La motivation des décisions de justice.** Bruxelles: Bruylant, 1978.
74. _____. **La preuve en droit.** Bruxelles: Bruylant, 1981.
75. _____. **Les présomptions et les fictions en droit.** Bruxelles: Bruylant, 1974.
76. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique.** Paris: Presses Universitaires de France, 1958, 2v.
77. _____. **Tratado da argumentação: nova retórica.** (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 2000.
78. PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil.** São Paulo: Saraiva, 2001.
79. PIACENZA, Eduardo. **La teoría de la argumentación de Perelman y los problemas de la carga de la prueba.** Revista Venezolana de Filosofía, Caracas, n. 38, p. 15-53, 1998.
80. PINO, Giorgio. **Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica: alcuni riflessioni.** Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Milano, Giuffrè, a. IV, v. LXXV, n. 1, p. 84-126, gennaio/marzo 1998.

81. POPELARD, Marie-Dominique. **Argumentation e communication**. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, v. 29, p. 129-139, 1984.
82. PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
83. RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. (trad. Edmir Missio) São Paulo: Martins Fontes, 2000.
84. RODRIGUES, João Gomes. **Para uma racionalidade argumentativa: considerações sobre a Nova Retórica de Ch. Perelman**. Revista Portuguesa de Filosofia, Braga, v. LIII, n. 2, p. 185-214, abril/junho 1997.
85. SALAVERRIA, Juan Igartua. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
86. SALDANHA, Nelson. **História, razão e direito**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, n. 103, p. 297-306.
87. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.
88. _____. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1988.
89. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1985.
90. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
91. SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. **Manuale di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1990.
92. SOBRINHO, Elcio de Cresci. **Fundamentos histórico-retóricos da teoria geral da prova**. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 16, n. 63, p. 42-53, julho/setembro 1991.
93. SOSA, Angel Landoni. **Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba**. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 88, p. 208-227.

94. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **A teoria da argumentação na verdade do processo penal.** Revista da Faculdade de Direito, Caxias do Sul, n. 10, p. 117-135, dezembro de 1999.
95. STEFANELLI, Salvatore. **Discorso razionale e motivazione giuridica.** Rivista internazionale di filosofia del diritto, Milano, Giuffrè, v. LXXVI, n. 2, p. 335-344, 1999.
96. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
97. SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
98. TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz.** Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 05 de março de 2001. (trad. Cândido Rangel Dinamarco) Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.
99. TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** (trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
100. TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1959.
101. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2001.
102. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1993.
103. VÉLEZ-MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal.** v. I. 3 ed. Cordoba: Marcos Lerner Editora Cordoba s.r.l., 1986.
104. WARAT., Luiz Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.
105. _____. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei - temas para uma reformulação.** v1 Porto Alegre: SAFE, 1994.
106. _____. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1979.
107. _____. **O direito e sua linguagem.** 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

108. _____. **O outro lado da dogmática jurídica.** Teoria do direito e do estado. (org. Leonel Severo Rocha) Porto Alegre: SAFE, 1994, p. 81-95.
109. _____. **O sentido comum teórico dos juristas.** A crise do direito numa sociedade em mudança. (org. José Eduardo Faria) Brasília: Editora UnB, p. 31-42.
110. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.
111. WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Motivation de la décision judiciaire.** La motivation des décisions de justice. (org. Chaïm Perelman e Paul Foriers) Bruxelles: Bruylant, 1978, p. 111-135.

ÍNDICE

Sumário..... V

Resumo..... VI

Abstract..... VII

Resumé..... VIII

Riassunto..... IX

Introdução..... 01

I – CHAÏM PERELMAN: uma introdução à Teoria da Argumentação..... 06

 1.1. Considerações iniciais..... 06

 1.1.1. Vida e obra de CHAÏM PERELMAN..... 06

 1.1.2. Por que CHAÏM PERELMAN?..... 11

 1.2. A Teoria da Argumentação: definição e categorias elementares..... 13

 1.2.1. Definição..... 13

 1.2.2. Categorias elementares..... 20

 1.2.2.1. Argumentação..... 20

 1.2.2.2. Contato dos espíritos..... 25

 1.2.2.3. Auditório..... 27

 1.2.2.4. Persuadir e convencer..... 34

 1.2.2.5. Efeitos da argumentação..... 36

 1.2.2.6. Acordo..... 38

 1.3. As espécies de argumentos: os argumentos quase-lógicos, os argumentos baseados na estrutura do real e os argumentos que fundam a estrutura do real..... 48

 1.4. A correlação dos argumentos: ligação, interação e dissociação..... 51

 1.5. Os lugares da argumentação jurídica..... 56

 1.6. Retórica: argumentação e adesão..... 59

II – As decisões judiciais penais: da argumentação à fundamentação..... 64

2.1. Evolução histórica do dever de motivar as decisões (garantia política e processual)..... 64

2.1.1. Breve histórico..... 64

2.1.2. A motivação como garantia política..... 69

2.1.3. A motivação como garantia processual..... 74

2.2.Estrutura da motivação: motivação de direito e de fato..... 80

2.2.1. Estrutura da motivação..... 80

2.2.2. Motivação de direito..... 84

2.2.3. Motivação de fato..... 90

2.3. A motivação: instrumento retórico de convencimento e persuasão..... 96

2.4. A motivação e o alcance das decisões: o juiz penal e seu auditório..... 100

2.5. Vícios de motivação e o poder do silêncio..... 106

2.6. O problema da efetividade da garantia constitucional..... 113

Conclusão..... 119

Referências Bibliográficas..... 129